



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La renegociación de los contratos de asociaciones
público privadas**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Pedro Isaías MONTTOYA HERNÁNDEZ

ASESOR

José Alberto RETAMOZO LINARES

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Montoya, P. (2017). *La renegociación de los contratos de asociaciones público privadas*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

448



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los veintitres días del mes de junio del año dos mil diecisiete, siendo las once horas, bajo la Presidencia del Dr. José Roberto Rendón Vásquez y con la asistencia de los Profesores: Dr. Ricardo Arturo Beaumont Callirgos, Dr. José Alberto Retamozo Linares, Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, Dr. Luis Miguel García Mori y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Mg. Pedro Isaías MONTOYA HERNÁNDEZ, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS".

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado Bueno con la nota de dieciseis (16)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al Mg. Pedro Isaías MONTOYA HERNÁNDEZ.

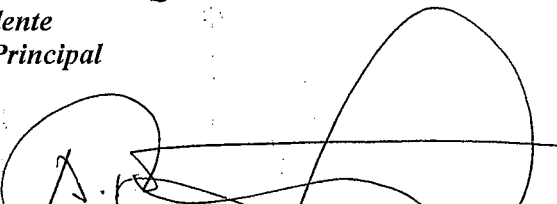
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las trece horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Roberto RENDÓN VÁSQUEZ

Presidente
Profesor Principal


Dr. Ricardo Arturo BEAUMONT CALLIRGOS

Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. José Alberto RETAMOZO LINARES

Asesor
Profesor Principal


Dr. Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO

Jurado Informante
Profesor Contratado


Dr. Luis Miguel GARCÍA MORI

Miembro
Profesor Contratado

Dedicatoria

***A mi familia, hoy personificada en nuestras
promisorias semillas: Joaquín, Benjamín y
Emilia.***

Agradecimiento

Agradezco de corazón a mi familia, a mis asesores y a todas aquellas personas que colaboraron conmigo en la realización de este trabajo. Un agradecimiento especial al Dr. Alberto Retamozo Linares, Director de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, por haberme apoyado con su asesoría especializada para la consolidación de este Proyecto.

LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS

INDICE

CAPITULO 1: INTRODUCCION.....	1
1.1. Situación Problemática	1
1.2. Formulación del Problema	8
1.2.1. <i>Problema General</i>	8
1.2.2. <i>Problemas Específicos</i>	8
1.3. Justificación de la Investigación.....	9
1.3.1. <i>Justificación Teórica</i>	9
1.3.2. <i>Justificación Práctica</i>	10
1.4. Objetivos de la Investigación	11
1.4.1. <i>Objetivo General</i>	11
1.4.2. <i>Objetivos Específicos</i>	11
CAPITULO 2: MARCO TEORICO.....	12
2.1. Antecedentes de investigación	12
2.2. Bases Teóricas	14
2.2.1. <i>El Estado – La Administración Pública</i>	14
2.2.1.1. <i>El Estado</i>	14
2.2.1.2. <i>La Administración Pública</i>	15
2.2.1.3. <i>La Gestión Pública</i>	17
2.2.2. <i>Rol Económico del Estado</i>	18
2.2.2.1. <i>Introducción</i>	18
2.2.2.2. <i>Hacia un modelo de Estado: El "Estado Subsidiario"</i>	19
2.2.2.3. <i>Régimen económico constitucional peruano</i>	21
2.2.2.4. <i>Los Contratos Administrativos</i>	23
2.2.2.5. <i>Los Contratos de Concesión</i>	32
2.2.3. <i>Las Asociaciones Público Privadas (APP)</i>	35
2.2.3.1. <i>Los Contratos APP</i>	35
2.2.3.2. <i>Diseño de los Contratos APP</i>	40
2.2.3.3. <i>Renegociación de los contratos APP</i>	46
2.2.3.4. <i>Reconversión de los Contratos APP</i>	50
2.2.3.5. <i>Interpretación de contratos APP</i>	52
2.3. Marco Legal de las Asociaciones Público Privadas	54
2.4. Marco Institucional de las Asociaciones Público Privadas	58
2.5. Marco Conceptual o Glosario	66
2.5.1. <i>El Estado</i>	66
2.5.2. <i>Gobierno</i>	66
2.5.3. <i>Política</i>	67
2.5.4. <i>Política Pública</i>	67
2.5.5. <i>La Administración Pública</i>	68
2.5.6. <i>Gestión pública</i>	68
2.5.7. <i>Servidor público</i>	68
2.5.8. <i>Funcionario Público</i>	68
2.5.9. <i>Servidor o Funcionario Público</i>	69

	II
2.5.10. Capacitación de los funcionarios y servidores públicos	69
2.5.11. Contratos de Asociaciones Público Privadas.....	70
2.5.12. Marco Legal de Asociaciones Público Privadas.....	70
2.5.13. Marco Institucional de Asociaciones Público Privadas.....	71
2.5.14. Renegociación de Contratos de Asociaciones Público Privadas	71
2.5.15. Razones de naturaleza política.....	71
2.5.16. Razones de naturaleza administrativa	72
2.5.17. Razones de naturaleza legal.....	72
2.5.18. Razones de naturaleza cognitiva	72
CAPITULO 3: METODOLOGIA	73
3.1. Tipo y Diseño de Investigación	73
3.1.1. Tipo de la investigación.....	73
3.1.2. Diseño de la investigación.....	73
3.2. Unidad de análisis	74
3.3. Población de estudio	75
3.4. Tamaño de muestra.....	75
3.5. Técnicas de recolección de Datos	76
3.6. Análisis e interpretación de la información.....	76
CAPITULO 4: CONTRASTACION DE LAS HIPOTESIS	78
4.1. Introducción	78
4.2. Contrastación de la Hipótesis Principal	82
4.2.1. Análisis, interpretación y discusión (Variables Independientes) 83	
4.2.2. Análisis, interpretación y discusión (Variable Dependiente) ...	116
4.2.3. Resultados de la Contrastación de la Hipótesis Principal	125
4.3. Contrastación de las Hipótesis Específicas	126
4.3.1. Hipótesis Específica (1).....	126
4.3.2. Hipótesis Específica (2).....	127
4.3.3. Hipótesis Específica (3).....	130
4.3.4. Hipótesis Específica (4).....	131
4.3.5. Resultados de la Contrastación de las Hipótesis Específicas	133
4.4. Presentación de resultados	134
4.4.1. Introducción.....	134
4.4.2. El objetivo general	134
4.4.3. Los objetivos específicos.....	136
V. CONCLUSIONES.....	143
VI. RECOMENDACIONES	145
V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	147
VI. ANEXOS	154
01. Cuestionario.....	154
02. Preguntas para entrevistas de Expertos	157
03. Operacionalización de las Variables	158
04. Matriz de Consistencia.....	159

INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Contratos de APP analizados y numero de adendas	5
Tabla 2: Lista de adendas a los contratos de APP a Dic-2016.....	118
Tabla 3: Adendas a contratos APP a nivel de gobierno a Dic-2016	119
Tabla 4: Adendas a contratos APP a nivel de gobiernos locales a Dic-2016	119
Tabla 5: Resumen de renegociaciones a 2013 - Gobiernos de turno.....	120
Tabla 6: Prueba de hipótesis específica (1) Decisiones políticas de gobiernos de turno	126
Tabla 7: Prueba de hipótesis específica (2) La falta de estudios de predios	128
Tabla 8: Prueba de hipótesis específica (2) a: limitadas capacidades de la administración	129
Tabla 9: Prueba de hipótesis específica (2) b: Deficiente gestión pública post ejecución	129
Tabla 10: Prueba de hipótesis específica (3) : Inadecuado marco legal.....	131
Tabla 11: Prueba de hipótesis específica (4): Bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos	132

INDICE DE GRAFICOS

Grafico 1: Evolución de Proyectos adjudicados Periodo 2008-2014	3
Grafico 2: Porcentaje de incidencia de las decisiones políticas de los gobiernos de turno	84
Grafico 3: Calidad de diseño contractual: estudios de predios afectados	88
Grafico 4: Porcentaje de Adendas en proyectos APP adjudicados por LPE	93
Grafico 5: Porcentaje de adendas en proyectos APP adjudicados por CPI	94
Grafico 6: Capacidad de la Administración para cumplir con obligaciones a su cargo	97
Grafico 7: Calidad de gestión pública para implementar proyectos APP post adjudicación	101
Grafico 8: El Marco legal en las renegociaciones de las APP	104
Grafico 9: Nivel de capacitación de los funcionarios públicos	113
Grafico 10: Nivel de información estadística de renegociaciones de contratos APP	116
Grafico 11: Resumen de renegociaciones- Gobiernos a 2013	120
Grafico 12: Razones relacionadas con renegociación de contratos APP	135

RESUMEN



Universidad:	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Escuela de Postgrado:	Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
Título de la tesis:	La Renegociación de los Contratos de Asociaciones Público Privadas
Área de investigación:	Derecho
Autor:	Montoya Hernández, Pedro Isaías DNI 42313593
Grado profesional:	Doctor en Derecho y Ciencia Política
Año aprobación-sustentación	2017

Palabras claves: *Contratos Administrativos, Contratos de Asociaciones Público-Privadas, Renegociaciones de Contratos, Adenda, Inversión Privada, Administración Pública, Gestión Pública, Funcionario Público, Inversionista Privado.*

Las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del siglo XXI, estuvieron marcadas por discusiones y tendencias como la globalización, el impacto de las crisis económicas, entre otros factores que influenciaron la creciente intervención de los privados y sus mecanismos de regulación en la gestión de los asuntos públicos. Una de las manifestaciones de estos cambios institucionales se aprecia en el ámbito de la contratación pública, a través de la figura de las Asociaciones Público Privadas, en virtud de la cual, la provisión de bienes y la prestación de servicios públicos, se gestiona mediante una colaboración entre el sector público y el privado.

Perú no ha sido ajeno a dichas influencias y ha entrado en esta tendencia mediante la expedición de normas pertinentes, mediante las cuales se crea un régimen legal para las Asociaciones Público Privadas, lo cual representa una manifestación de la gestión de los asuntos públicos por

los particulares en el Estado contemporáneo. El crecimiento económico experimentado en los últimos años ha mostrado una economía peruana sólida dentro de la región y ha fomentado la llegada de nuevos capitales de inversión al país. De igual manera, el crecimiento de la actividad productiva y el empleo ha contribuido al incremento de la recaudación del Estado y al financiamiento de los distintos programas de lucha contra la pobreza.

A pesar de los avances alcanzados en las últimas décadas, existen aún diversos obstáculos que enfrentan los inversionistas privados para realizar negocios en Perú y que no permiten que los beneficios del crecimiento económico se trasladen a una mayor reducción de la pobreza, destacándose la falta de infraestructura física en el país y el déficit en la calidad de la infraestructura existente. En este contexto, en nuestro país, los distintos niveles del gobierno intentaron implementar alternativas con el propósito de cerrar lo más pronto posible la brecha de infraestructura; para lo cual, se recurrió al modelo de Asociación Público - Privadas (en adelante APP), para financiar, diseñar, construir, operar y mantener proyectos de infraestructura y servicios públicos, modelo que poco a poco se fue convirtiendo en esquema empleado por la administración pública y que se orientó en lo esencial, a generar empleo productivo y a contribuir con el crecimiento económico del país, y cuyo desarrollo se fue incrementando anualmente.

Se destaca, que el esquema de APP por sí solo, no constituye la solución a la provisión de infraestructura y servicios públicos del país, pero sí constituye una herramienta gubernamental de alianza con el sector privado de amplio alcance para la solución de la problemática del déficit de infraestructura y un valioso medio para coadyuvar al crecimiento económico; cuya aplicación requiere un cuidadoso escrutinio, para evitar errores cometidos en otros proyectos.

Teniendo como premisa, que el Contrato de APP es el instrumento legal mediante el cual se cumplen los acuerdos pactados entre el Estado y los inversionistas privados, desde su inicio como modelo contractual, se ha

observado una creciente tendencia a las renegociaciones para modificar los contratos, durante su ejecución. Las materias recurrentes que han generado los procesos de renegociación en los contratos de concesión, están relacionadas modificación de plazos por incumplimiento del concedente en la entrega de predios, con la ejecución de obras (modificación del expediente técnico, adicionales de obra o ejecución de obras complementarias), con el financiamiento de las concesiones (orientadas a que los proyectos sean viables financieramente) y el saneamiento legal de los terrenos.

En el contexto de ejecución del modelo APP, existe una polarización respecto a la conceptualización de las renegociaciones de los contratos de APP; por un lado se encuentran explicaciones negativas en función de los resultados inmediatos de perjuicio por los sobrecostos que ello genera y de otra parte; se justifican en razón de la naturaleza jurídica de dichos contratos, que por su horizonte temporal de ejecución de largo plazo, hace inevitable prever algunas condiciones de sus motivación.

En este sentido, somos conscientes que el incremento de modificaciones que se producen en la ejecución de los contratos de APP no debe continuar, por los efectos que produce (retrasos de obras, sobrecostos, afectación de imagen institucional, cuestionamientos a las partes entre otros), situación que motivó la presente investigación, y que urge una evaluación del modelo, que comprenda tanto la mejora del diseño contractual como la administración de los Contratos de APP; diseño que involucre una revisión detallada de los mismos antes de su suscripción, mejora del nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de su administración, considerando los aspectos técnicos, legales, financieros y administrativos, incorporando experiencias, con la finalidad de evitar o mitigar los riesgos que favorezcan la necesidad de recurrir a renegociaciones.

La presente investigación se justifica por la trascendencia del fomento de la inversión privada a través de los contratos de APP, como agente de desarrollo sostenible, y que coadyuva a generar reflexión y debate

académico sobre el modelo de Asociaciones Publico Privadas, confronta la teoría existente con los resultados y hace epistemología del conocimiento existente; partiendo de allí, a través de esta investigación se aporta la aplicación de los enfoques teóricos que se manejan actualmente en cuanto al desarrollo del modelo de APP dentro de las funciones relacionadas con la gestión administrativa de cada entidad pública, en los tres niveles de gobierno.

El presente estudio genera información que podría utilizarse para adoptar estrategias que ayudarán en la solución de problemas o en la toma de decisiones de las autoridades competentes en la administración de esta modalidad contractual y la posibilidad de proponer cambios en la reglamentación que regula este tipo de procesos, que incluya su promoción y ejecución contribuyendo a su masificación y utilización en beneficio de la ciudadanía en general.

El objetivo general planteado en la presente investigación fue determinar las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas, estableciendo la naturaleza de las mismas, para su evaluación. En el desarrollo de la investigación, se plantearon que las razones o factores asociados o relacionados a las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas, son de naturaleza política, de naturaleza Administrativa, de naturaleza Legal y de naturaleza cognitiva.

Una vez determinadas estas razones, las misma se consideraron como variables en el concepto metodológico, para viabilizar su estudio, operacionalizándolas con sus respectivos indicadores que no permitieron su medición empírica, así mismo se plantearon las respectivas hipótesis, como respuesta tentativa a la problemática planteada, las mismas que se contrastaron empíricamente en el contexto social de estudio, demostrándose su relación directa o dependencia entre ellas, verificándose o comprobándose cada una de ellas, logrando alcanzar los objetivos propuestos en la presente investigación.

Metodológicamente, la presente investigación se desarrolló en el contexto del tipo correlacional, es decir, el tipo de estudio que tiene como propósito medir el grado de relación que exista entre dos o más conceptos o variables (en un contexto en particular). La utilidad y el propósito principal de los estudios correlacionales son saber cómo se puede comportar un concepto o variable conociendo el comportamiento de otra u otras variables relacionadas. La investigación correlacional tiene, en alguna medida, un valor explicativo aunque parcial. Al saber que dos conceptos o variables están relacionados se aporta cierta información explicativa. La prueba de hipótesis, en sí no considera a una como independiente y a otra como dependiente, ya que no evalúa la causalidad. La noción de causa-efecto (independiente-dependiente) es posible establecerla teóricamente, pero la prueba no considera dicha causalidad.

Una vez determinadas estas razones, las mismas se consideraron como variables en el concepto metodológico, para viabilizar su estudio, operacionalizándolas con sus respectivos indicadores que nos permitieron su medición empírica, así mismo se plantearon las respectivas hipótesis, como respuesta tentativa a la problemática planteada, las mismas que se contrastaron empíricamente en el contexto social de estudio, demostrándose su relación directa o dependencia entre ellas, verificándose o comprobándose cada una de ellas, logrando alcanzar los objetivos propuestos en la presente investigación.

SUMMARY



University: National University of San Marcos

Postgraduate School: Postgraduate Unit of the Faculty of Law and Political

ScienceThesis title: The Renegotiation of the Contracts of Public Private Partnerships

Partnerships Research area: Law

Author: Montoya Hernández, Pedro Isaías
DNI 42313593

Professional degree: Doctor in Law

Year Support Approval: 2017

Key words: *Administrative Contracts, Public Private Partnerships contracts, Renegotiations of contracts, Addenda, Private Investment, Public Administration, Public Management, Public Official, Private Investor.*

The last decades of the twentieth century and the beginning of the twenty-first century were marked by discussions about globalization, the impact of economic crises, as well as other factors that influenced the growing involvement of the private sector and its regulatory mechanisms in the management of public affairs. One of the manifestations of these institutional changes is seen in the area of public procurement, in the form of Public Private Partnerships (PPP). Under the PPP program the

procurement of land for Public Works Projects, and their funding, is managed through collaboration between the public and private sectors.

Peru has not been unaware of these influences and is participating in this trend by creating legal regulations for Public Private Partnerships, which is a manifestation of the management of public affairs by individuals in the contemporary state. The economic growth experienced in recent years has shown a solid Peruvian economy within the region and has encouraged the arrival of new investment capital to the country, which in turn aids the financing of various anti-poverty programs.

Despite the progress made in the last decades, there are still obstacles faced by private investors doing business in Peru. These obstacles are preventing the benefits of economic growth to be translated into an even greater reduction of poverty. In this context, the governing bodies of Peru have implemented projects to close the infrastructure gap as soon as possible. The public - private partnership model (hereinafter PPP) was used to finance, design, construct, operate and maintain public infrastructure and services projects, a model that gradually became the blueprint employed by the Public administration. This model is designed to generate productive employment and contribute to the economic growth of the country, and its development has been increasing annually.

It should be noted that the PPP model alone is not the solution to the funding of Peru's infrastructure and public services, but it is a valuable governmental tool for allying with the private sector to work towards a solution to the Infrastructure deficit problem Peru faces, and a valuable means of contributing to the country's economic growth. PPP's application requires careful scrutiny, in order to avoid mistakes made in other projects.

The PPP Agreement has become the legal instrument by which the State and private investors enter into a legal agreement to complete infrastructure projects. Since its inception as a contractual model, there has been an increasing trend for renegotiations to modify contracts. Recurrent issues that have led to contract renegotiation include the modification of deadlines for non-compliance of the grantor in the delivery of land, delays

with the completion of work, modification of the project specifications, and the financing of the projects themselves.

In the context of the implementation of the PPP model, there is a polarization regarding the conceptualization of renegotiations of PPP contracts. On one hand, there are negative opinions that cite financial damage caused by overcharges, and on the other hand are the claims that these overcharges are justified on the basis of the legal nature of those contracts, and are an inevitable part of such long-term projects that are bound to encounter unforeseen obstacles over the course of their completion.

In this sense, we are aware that the increase of modifications that occur in the execution of PPP contracts should not continue, due to the negative consequences (delays, cost overruns, degradation of institutional image, and disputes between parties involved). An evaluation of the model, which includes both the improvement of the contractual design and the administration of the PPP contracts, is urgently needed. A design that involves a detailed review of the PPP prior to their subscription (with a focus on past negative outcomes), and improvement in the level of training of public officials in charge of their administration is needed. Factors to be considered include the technical, legal, financial and administrative aspects, in order to avoid or mitigate the risks that result in the need to resort to renegotiations.

This research is justified by the importance of the promotion of PPP contracts as an agent of sustainable development, which promotes thoughtful discourse and academic debate on the PPP model, challenges the existing theory by comparing it with past results, and makes epistemology of existing knowledge. Through this research, the application of the theoretical approaches to the PPP model within the functions related to the administrative management of each public entity at the three levels of government is contributed.

The present study generates information that could be used by administrations to adopt strategies, solve problems, or make decisions

regarding the administration of this contractual modality, and affords the possibility of proposing changes in the regulation of these types of processes, all of which will contribute to its promotion, and to its use for the benefit of the general public.

The general objective of the present investigation was to determine the reasons that are related to the renegotiations of the Public Private Partnerships Agreements, establishing the nature of the same, for their evaluation. In the development of the research, it was suggested that the reasons or factors associated with or related to the renegotiations of the Public Private Partnerships Agreements are of a political nature, of an Administrative nature, of a Legal nature and of a cognitive nature.

Once these reasons were determined, they were considered as variables in the methodological concept, to make feasible its study, operationalizing them with their respective indicators that did not allow their empirical measurement, as well as the respective hypotheses were proposed, as a tentative answer to the problem raised. The hypotheses were contrasted empirically in the social context of study, demonstrating their direct relation, or dependence between them, verifying or checking each of them, and achieving the objectives proposed in the present investigation.

Methodologically, the present research was developed in the context of the correlational type, that is, the type of study that has as purpose to measure the degree of relationship that exists between two or more concepts or variables (in a particular context). The main purpose of correlational studies is to know how a concept or variable will behave by knowing the behavior of another or related variable. Correlational research has, to some extent, an explanatory but partial value. Knowing that two concepts or variables are related gives some explanatory information. The hypothesis test itself does not consider one as independent and another as dependent, because it does not evaluate causality. The notion of cause-effect (independent-dependent) is possible to establish theoretically, but the evidence does not consider such causality.

Once these reasons were determined, they were considered as variables in the methodological concept, to make feasible their study, operationalizing them with their respective indicators that allowed us to use empirical measurement, as well as the respective hypotheses that were raised, as a tentative response to the problem. They were contrasted empirically in the social context of study, demonstrating their direct relation, or dependence between them, verifying or checking each of them, and achieving the objectives proposed in the present investigation.

CAPITULO 1: INTRODUCCION

1.1. Situación Problemática

La apertura comercial y las reformas de mercado realizadas en la economía peruana a principios de los años noventa permitieron un crecimiento económico sostenido que ha logrado reducir la pobreza de manera importante durante las últimas dos décadas. El crecimiento económico experimentado en los últimos años ha mostrado una economía peruana sólida dentro de la región y ha fomentado la llegada de nuevos capitales de inversión al país. De igual manera, el crecimiento de la actividad productiva y el empleo ha contribuido al incremento de la recaudación del Estado y al financiamiento de los distintos programas de lucha contra la pobreza.

A pesar de los avances alcanzados en las últimas décadas, existen aún diversos obstáculos que enfrentan los inversionistas para realizar negocios en Perú y que no permiten que los beneficios del crecimiento económico se trasladen a una mayor reducción de la pobreza, destacándose la falta de infraestructura física en el país y el déficit en la calidad de la infraestructura existente. Es importante resaltar que la infraestructura está relacionada directamente con la actividad productiva y estimula el crecimiento económico debido a que es un insumo fundamental para la realización de las actividades privadas productivas (GUASCH, 2007, pág. 3). Así también lo destaca el Banco Mundial, señalando que el acceso a una infraestructura de calidad constituye una de las principales medidas que fomentan la disminución de la vulnerabilidad de los pobres e incrementan su acceso a oportunidades (GUASCH, 2007, pág. 5).

Como también lo señala el sector de Económica y Finanzas del Estado peruano, *“el desarrollo de la infraestructura es un elemento fundamental para facilitar la interacción económica y social y repercute significativamente en las posibilidades de crecimiento y bienestar del país. La inversión en infraestructura*

genera importantes beneficios. Por un lado, se genera un efecto dinamizador de la economía en la creación de empleos directos e indirectos y, asimismo, representa un factor de estímulo directo de la demanda. Culminada la ejecución de los proyectos, estos contribuyen a mejorar la productividad de la economía de mediano y largo plazo, mejorando la calidad de vida de la población mediante el acceso a servicios básicos y contribuyendo al crecimiento económico” (MEF, 2015, pág. 1).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OECD (2007), recomienda que para enfrentar las crecientes necesidades de inversión en infraestructura es necesario que los gobiernos complementen la inversión pública con la movilización de recursos privados lo cual trae consigo beneficios que van más allá de la provisión de financiamiento, pues permite aprovechar los conocimientos y capacidades del sector privado en beneficio de los usuarios (MEF, 2015, pág. 1).

El informe “Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021”, elaborado por la Universidad del Pacífico y la Universidad ESAN, por encargo de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional concluye entre otros, que *“Si el Perú quiere llegar al año de su bicentenario con un óptimo nivel de desarrollo, deberá cerrar una brecha de infraestructura estimada en US\$87,975 millones”,* (AFIN, 2014, pág. 14)

En este contexto, en nuestro país, los distintos niveles del gobierno intentaron implementar alternativas con el propósito de cerrar lo más pronto posible la brecha de infraestructura; para lo cual, se recurrió al modelo de Asociación Público - Privadas (en adelante APP), para financiar, diseñar, construir, operar y mantener proyectos de infraestructura y servicios públicos, modelo que poco a poco se fue convirtiendo en esquema empleado por la administración pública y que se orientó en lo esencial, a generar empleo productivo y a contribuir con el crecimiento

económico del país, y cuyo desarrollo se fue incrementando anualmente como se puede observar en el gráfico (01) :

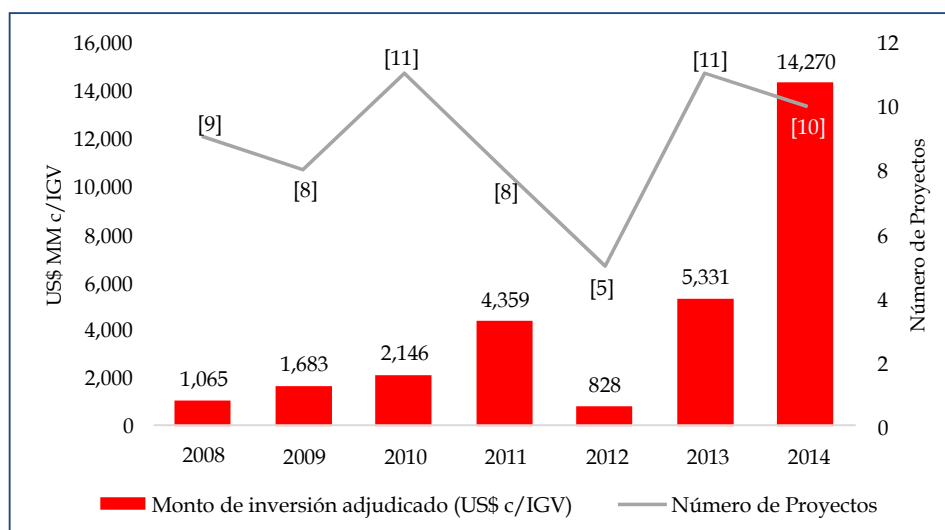


Gráfico 1: Evolución de Proyectos adjudicados Periodo 2008-2014

Fuente: Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión)

En el Perú, durante los últimos 20 años, el propósito de los procesos de promoción y ejecución de la inversión privada a través de los contratos de APP ha cambiado su enfoque, pasó de modelos maximizadores de rentabilidad para el Estado, a modelos que buscaron optimizar el nivel de satisfacción del usuario final, entendido esto último, como servicios públicos o infraestructuras de mayor calidad con menores costos sociales. A pesar de este cambio, los procesos de APP no estuvieron exentos de cuestionamientos acerca de los beneficios reales para los ciudadanos y para el Estado, pues muchos proyectos no han reflejado aquellas mejoras buscadas en la calidad de la provisión de servicios públicos e infraestructura, ni en la minimización de los costos sociales.

Se destaca, que el esquema de APP por sí solo, no constituye la solución a la provisión de infraestructura y servicios públicos del país, pero sí constituye una herramienta gubernamental de alianza con el sector privado de amplio alcance

para la solución de la problemática del déficit de infraestructura y un valioso medio para coadyuvar al crecimiento económico; cuya aplicación requiere un cuidadoso escrudiño, para evitar errores cometidos en otros proyectos.

Teniendo como premisa, que el Contrato de APP es el instrumento legal mediante el cual se cumplen los acuerdos pactados entre el Estado y los inversionistas privados, desde su inicio como modelo contractual, se ha observado una creciente tendencia a la modificación de los contratos, durante su ejecución.

En efecto, según SUTO (2013)

“(.) de los 22 contratos de concesión suscritos hasta el 2010 en el sector transportes (incluido el de la carretera Arequipa-Matarani, cuyo plazo de vigencia culminó en el 2007), 18 de ellos (82%) fueron renegociados mediante la suscripción de 69 adendas, de las cuales 57% fueron agregadas a solicitud del concesionario, 26% del concedente y 17% por acuerdo de ambas partes; estas proporciones varían hacia el final del segundo gobierno aprista, ya que, para julio del 2011, de los 27 contratos de concesión mencionados, 19 (70%) habían sido renegociados mediante la suscripción de 76 adendas; el mayor número de ellas (48) corresponde a carreteras, mientras que en infraestructura ferroviaria, aeroportuaria y portuaria se han contabilizado 12, 12 y 4 adendas respectivamente” (pág. 13).

Con relación a las razones de las modificaciones contractuales, continua SUTO (2013):

“(...) con base en la información presentada, observamos que, en promedio, se han suscrito tres (03) adendas por cada contrato de concesión. Cabe mencionar que, al momento de concluir nuestra investigación (julio del 2012), durante el actual gobierno de Ollanta Humala (2011-2016), no se habían firmado nuevos contratos de concesión ni adendas en el sector transportes; sin embargo, al cierre de esta edición, el 30 de enero de 2013 se suscribió el contrato de concesión Panamericana Sur de Ica-Frontera con Chile: tramo vial Dv. Quilca-Dv. Arequipa (Repartición)-Dv. Matarani-Dv. Moquegua-Dv. Ilo-Tacna-La Concordia, el cual no presenta hasta el momento modificaciones contractuales vía adendas” pag. 13).

Por otra parte, en el mes de agosto del año 2016, el Contralor General Fuad Khoury, presentó el estudio “*Causas y efectos de las renegotiaciones contractuales de las Asociaciones Público Privadas en el Perú*”, donde se analizaron (10) contratos de concesión suscritos entre 1991 y 2013 (Ver Tabla N° 01); que comprendieron una inversión mayor a los 6,000 millones de dólares, y estuvieron afectos a la firma de 39 adendas, evidenciándose una alta incidencia de contratos APP que requirieron renegociar las condiciones iniciales, a causa de factores identificados en la ejecución de los proyectos (A. ANDINA, 2016, pág. 03).

Tabla 1. Contratos de APP analizados y numero de adendas

ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA*	MONTO DE INVERSIÓN EN (MILL. US\$)	PLAZO DE CONCESIÓN (AÑOS)	ADENDAS POR CONTRATO
IIRSA SUR, Tramo 2 (Urcos – Inambari)	647	25	8
Primer Grupo de Aeropuertos de Provincias	120	25	7
Proyecto Derivación Huascacocha - Rímac	98	20	7
Ferrocarril del Sur y Sur Oriente	Sin monto de inversión comprometido**	35	5
Sistema de Transmisión Eléct. Etecen-Etesur	253	30	3
Concesión de telefonía móvil	2000	38	3
Proyecto de Irrigación Olmos	258	25	3
Proyecto Vía Parque Rímac	700	40	1
Terminal de Contenedores Muelle Sur - Callao	705	30	1
Proyecto de Generación Eléctrica Chaglla	1233	indefinido	1

Fuente: CGR

*Criterios para aplicación de la muestra: monto de inversión mayor a los US\$ 6,000 millones, inversión sectorial relevante y heterogeneidad.**El concesionario debe mantener los bienes de la concesión en buen estado(Estándar FRA Class II)*

Señaló el Contralor, “(...) que en general, las adendas examinadas, fueron firmadas poco tiempo después de su adjudicación. En promedio, se realizaron antes de que hayan transcurrido los tres primeros años de vigencia de los

contratos, plazo muy corto si se tiene en cuenta que las concesiones en promedio se otorgaron por 27 años” (A. ANDINA, 2016, pág. 03).

Las materias recurrentes que han generado los procesos de renegociación en los contratos de concesión, están relacionadas con obras (modificación del expediente técnico, adicionales de obra o ejecución de obras complementarias), financiamiento de las concesiones (orientadas a que los proyectos sean viables financieramente) y el saneamiento legal de los terrenos. Al analizar las razones que originaron las renegociaciones en los contratos de las APP, el estudio de la Contraloría General de la República destacó que “(...) *la mayoría de las modificaciones contractuales se sustentan en causas que pudieron ser previstas en el diseño del contrato*” (A. ANDINA, 2016, pág. 3). Igualmente, según la Contraloría General de la República, se identificó que (11) adendas fueron suscritas como producto del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado, referidas al saneamiento de los terrenos y a las autorizaciones y permisos, principalmente. (CGR, 2015, pág. 301)

También explico el Contralor Khoury:

“Que el incumplimiento de las obligaciones contractuales afecta la eficiencia de los proyectos y los plazos de la puesta en operación de los mismos, por consiguiente posterga los beneficios que estos proyectos debían generar a favor de la ciudadanía. Agregó, que se había determinado que en algunos casos hubo problemas en el diseño del contrato, como no realizar el estudio básico, que los estudios estuvieron mal elaborados, que el monto de inversión fue mal estimado o que se definió inadecuadamente la asignación de riesgos. Las adendas analizadas, mencionó; habían modificado las condiciones bajo las cuales las concesiones fueron adjudicadas, generando efectos sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución del proyecto” (A. ANDINA, 2016, pág. 1).

Por otro lado, en opinión de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional-AFIN:

“los contratos de APP no se renegocian, sino se adecuan a la realidad del proyecto al momento de ejecutarlo, agregando además que el investigar algunos casos puntuales de los contratos de APP, no deben conducir a desprestigiar el modelo, pues la infraestructura de uso público sirve para atender necesidades básicas como telecomunicaciones, energía, transportes, y ahora también hospitales y escuelas, planteando una posición respecto a las críticas sobre la renegociación de contratos de APP tras su firma, frente a comentarios públicos a través de los medios de comunicación social, que sindicán las adendas suscritas como prueba o indicio de corrupción”. (AFIN, 2014, pág. 1)

Para PRIALE (2016):

“(…). Un contrato de APP es un contrato incompleto debido a que es imposible que las partes (concedente y concesionario) logren prever al momento de diseñar el contrato, todas las contingencias o eventos que se puedan presentar durante sus 30 años de vigencia, y aun en el supuesto de que lograsen preverlos, cubrir su costo potencial haría inviables los proyectos. La mal llamada renegociación de contratos, es decir, la negociación de adendas, es un proceso natural, necesario para corregir y perfeccionar los contratos. Los incrementos del presupuesto de obras por adendas, son vistos como una pérdida del Estado y se investiga por qué se pagó de más. Se debiera comenzar investigando qué causa las adendas y cómo evitar o reducir su ocurrencia, enfrentando sus causas. Las adendas en contratos de APP a largo plazo son inevitables. Las adendas no son el origen de los problemas, los reflejan” (pág. 24).

De todo lo expuesto, se infiere que de los argumentos mencionados en el contexto de ejecución del modelo APP, existe una polarización respecto a la conceptualización de las renegociaciones de los contratos de APP; por un lado se encuentran explicaciones negativas en función de los resultados inmediatos de perjuicio por los sobrecostos que ello genera y de otra parte, se justifican en razón de la naturaleza jurídica de dichos contratos, que por su horizonte temporal de ejecución de largo plazo, hace inevitable prever algunas condiciones de sus motivación.

Finalmente, en esta modalidad contractual, el Estado comparte riesgos con el privado (incluso en los proyectos autofinanciados); tales como el mayor pago por expropiaciones de predios, el establecimiento de ingresos mínimos garantizados, el pago de compensaciones económicas para mantener equilibrio económico-financiero, desembolsos presupuestarios por indemnización ante cancelación unilateral del contrato, entre otros. Estos riesgos generan pasivos contingentes, cuyo impacto sobre las finanzas públicas es más difícil de estimar que en una obra pública tradicional, al depender de factores más complejos y poco manejables, como el comportamiento de la demanda, tipo de cambio, sucesos inesperados que afecten la continuidad del proyecto, entre otros. En este sentido, somos conscientes que el incremento de modificaciones que se producen en la ejecución de los contratos de APP no debe continuar, por los efectos que produce, situación que motivó la investigación, y que urge una evaluación del modelo, que comprenda tanto la mejora del diseño contractual como la administración de los Contratos de APP; diseño que involucre una revisión detallada de los mismos antes de su suscripción, mejora del nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de su administración, considerando los aspectos técnicos, legales, financieros y administrativos, incorporándose experiencias, con la finalidad de evitar o mitigar los riesgos que favorezcan la necesidad de recurrir a renegociaciones.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

- a. ¿Qué razones están relacionadas con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas?

1.2.2. Problemas Específicos

- a) ¿Existe relación entre las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza política?

- b) ¿Existe relación entre las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza administrativa?
- c) ¿Existe relación entre las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza legal?
- d) ¿Existe relación entre las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza cognitiva?

1.3. Justificación de la Investigación

1.3.1. Justificación Teórica

El presente trabajo de investigación se justifica por la trascendencia del fomento de la inversión privada a través de los contratos de APP, como agente de desarrollo sostenible, y que coadyuva a generar reflexión y debate académico sobre el modelo de Asociaciones Publico Privadas, confronta la teoría existente con los resultados y hace epistemología del conocimiento existente; partiendo de allí, a través de esta investigación se aporta la aplicación de los enfoques teóricos que se manejan actualmente en cuanto al desarrollo del modelo de APP dentro de las funciones relacionadas con la gestión administrativa de cada entidad pública, en los tres niveles de gobierno.

Este nuevo modelo de gestión adopta distintas formas en varios países, con diferentes resultados de eficiencia y eficacia. Cabe señalar que *“las estrategias no son creación exclusiva del gobierno central, sino que surgen de alianzas público-privadas que contienen elementos de orientación política, participación de la sociedad civil y creación de consenso de entendimiento público”*. (DEVLIN, 2010, pág. 14)

La tesis es novedosa y permite dar una explicación racional respecto de los factores relacionados con las renegociaciones de los Contratos APP. Asimismo, como resultado de la descripción analítica de la situación imperante, en el contexto

descrito en los párrafos precedentes; el estudio posibilita proponer aportes teóricos conceptuales a la instrumentalización de los contratos de APP, que permiten identificar las razones de las renegociaciones, guardando una coherencia entre la necesidades de inversión como sustento del desarrollo sostenible y las políticas públicas que debe implementar el gobierno.

1.3.2. Justificación Práctica

Una de las acciones planteadas por todo Estado, radica en la introducción de estrategias que estén dirigidas a optimizar los procedimientos de gestión, con el propósito de que cada sector o área operativa, específicamente en lo que tiene que ver con la contratación pública, asuma responsabilidades en lo relativo a la promoción y ejecución de la inversión privada, y la supervisión de los procedimientos realizados.

Uno de los propósitos de las APP es lograr el bienestar público, lo que justifica tener un marco legal e institucional adecuado, que pueda aplicarse en su promoción y ejecución, que materialice la colaboración entre el Estado y el sector privado en materia de inversión; además, permite someterse a procedimientos y mecanismos que otorguen estabilidad, y a una adecuada distribución de riesgos que minimice las condiciones o razones relacionadas con las renegociaciones. En ese marco, la presente investigación evaluó la naturaleza de los factores vinculados o asociados a las renegociaciones de los contratos APP, determinando su nivel de correlación.

Los Contratos de APP están en la agenda del debate a nivel nacional e internacional para el desarrollo de los pueblos, tanto en países desarrollados y en vías de desarrollo. Como primer elemento se destaca la colaboración entre el gobierno y sector privado, la cual incide *“en el desarrollo de estrategias a largo plazo y la forma en que se implementan a través de programas e incentivos en un*

marco de bien público, denominado “alianza público-privadas”. (DEVLIN, 2010, pág. 14)

El presente estudio genera información que podría utilizarse para adoptar estrategias que ayudarán en la solución de problemas o en la toma de decisiones de las autoridades competentes en la administración de esta modalidad contractual y la posibilidad de proponer cambios en la reglamentación que regula este tipo de procesos, que incluya su promoción y ejecución contribuyendo a su masificación y utilización en beneficio de la ciudadanía en general.

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

Determinar las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas.

1.4.2. Objetivos Específicos

- a) Determinar las razones de naturaleza política que tengan relación con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.
- b) Determinar las razones de naturaleza administrativa que tengan relación con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.
- c) Determinar las razones de naturaleza legal que tengan relación con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.
- d) Determinar las razones de naturaleza cognitiva que tengan relación con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.

CAPITULO 2: MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de investigación

En cuanto a antecedentes de estudios relacionados con el tema de investigación, se encontraron los siguientes:

- *Tema: “Algunos Alcances en torno a la Institucionalidad y renegociaciones de concesiones en la infraestructura de transporte de uso publico en Peru”.* (MONTESINOS, 2012). (OSITRAN, Ed.) Lima, Peru.

Los autores de este estudio realizan algunas reflexiones en torno a los resultados de las políticas de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público en Perú, con énfasis en las posteriores renegociaciones de los contratos de concesión otorgados desde mediados de los años 90s. A partir de una revisión de la literatura teórico-aplicada y empírica internacional, así como la evidencia nacional que surge de los contratos de concesión suscritos en el país, e identifica un primer grupo de variables que habrían inducido a los procesos de renegociación, los cuales se encuentran vinculados a las condiciones del diseño contractual y licitación, así como los mecanismos institucionales.

- Tema “*Renegociación de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transporte: Diagnóstico, Análisis y Propuestas de Mejoras*”, (SUTO FUJITA, AZAÑA PEREZ, CHAMORRO VILCA , LEON VASQUEZ , & MENCHOLA ARANA, 2013)

El autor en la tesis hace un estudio con el propósito de efectúa un diagnóstico, identificación y análisis de las modificaciones contractuales en los contratos de concesión de infraestructura de transporte, señalando propuestas de mejoras en aspectos puntuales.

Para ello, como punto de partida, se identifican y analizan los temas que son objeto de modificación contractual más relevantes y recurrentes en los procesos de renegociación de los contratos de concesión bajo estudio en la presente investigación.

Por tanto, el objetivo general del estudio fue proponer mejoras al diseño inicial de los contratos de concesión en infraestructura de transportes y en aspectos de Acreedores permitidos y su régimen, Saneamiento de terrenos, Obras, Resolución contractual y Procedimiento de liquidación, a la caducidad de los contratos.

- *Tema: “Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú”,* realizado por la Gerencia de Estudios y Gestión Pública de la Contraloría General de la República. (CGR, 2015)

El estudio constituye un aporte de la Contraloría General de República al análisis de las principales causas que han generado las renegociaciones de los contratos celebrados entre distintas entidades públicas y las empresas privadas en los proyectos de Asociaciones Público – Privadas (APP). Tiene la finalidad de contribuir con el análisis de los factores que generan la necesidad de recurrir a una serie de renegociaciones en los contratos y determinar los efectos que han tenido en términos técnicos, económicos y sociales para el país. La Contraloría ha podido comprobar una serie de problemas en la implementación, siendo uno de los más importantes la alta incidencia de renegociaciones de los contratos al poco tiempo de ser adjudicados. El Estudio muestra que el 50% de las adendas se suscriben antes de transcurridos los tres años de vigencia de los contratos, plazo bastante corto si se considera que las concesiones en promedio tienen una duración de 27 años.

El estudio demuestra que si bien en algunos casos las adendas firmadas son justificables por la aparición de variables exógenas no previstas, también es cierto

que en muchos casos se deben al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, lo cual reduce la eficiencia de los proyectos y por ende el bienestar social que éstos deben generar.

Finalmente, se busca determinar si tales renegociaciones tuvieron como objeto atender las circunstancias o vacíos no previstos por las partes contrayentes para corregirlos y perfeccionarlos y con ello, hacerlos más eficientes, o por otro lado determinar si las causas podrían haberse previsto en el diseño del contrato o en el momento del incumplimiento de obligaciones por parte del concedente. Producto del análisis, se sistematizarán las lecciones aprendidas que permitan a las entidades públicas gestionar los riesgos que se presenten para evitar renegociaciones no eficientes (CGR, 2015, pag 14).

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. El Estado – La Administración Pública

2.2.1.1. El Estado

El Estado es una forma de organización social que cuenta con un territorio, población y gobierno. El poder del Estado es soberano, en virtud del cual se regula la vida nacional (GPD, 2010, pág. 14).

El Estado es un concepto político que se refiere a una forma de organización social, económica, política soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado. Usualmente, suele adherirse a la definición del Estado, el reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

El concepto de Estado difiere según los autores, pero algunos de ellos definen al Estado como el conjunto de instituciones que poseen la autoridad y potestad

para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio determinado. Max Weber, en 1919, define el Estado moderno como una *"asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas"* (WEBER, 2001). En la definición de WEBER (2001), un Estado es quien tiene el *"monopolio sobre la violencia legítima"*. Por lo tanto, el Estado incluye a instituciones tales como las Fuerzas Armadas, la Administración Pública, los Tribunales de Justicia y la Policía, asumiendo pues el Estado las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad y otras como las relaciones exteriores.

El Estado, *"es toda organización social capaz de establecer un gobierno legal y legítimo para una población en un territorio cuya soberanía esté reconocida por el Derecho Internacional"* (CASTELAZO, 2007, pág. 10).

El Estado es el conjunto de instituciones públicas organizadas, conducidas y controladas por los ciudadanos que pertenecen a una misma comunidad política, con la finalidad de administrar sus asuntos públicos; que poseen autoridad para establecer las normas que regulan una sociedad, teniendo soberanía interna y externa sobre un territorio definido.

2.2.1.2. La Administración Pública

ESCOLA ha definido la administración pública diciendo que es *"aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer en forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a éste"* (1967, pág. 29).

Conforme a este concepto, merece destacarse –para nuestro objeto—que *“la administración pública se caracteriza por desarrollar una actividad, es decir, un conjunto de acciones y procedimientos continuados, lo cual, como lo ha señalado Zanobini, presenta las siguientes notas distintivas; a) es una actividad practica o material; b) es una actividad espontánea; y c) es una actividad discrecional”* (ESCOLA, 1967, pág. 29).

El profesor CASAGNE (2011), tiene una concepción institucional sobre la Administración Publica: *“en efecto, mientras la administración pública posee estabilidad, el Gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea por asi imponerlo las reglas del propio sistema republicano (la periodicidad en el desempeño de los cargos políticos constituye una de sus notas peculiares), como por las exigencias derivadas de la obtención de un consenso mínimo por parte de los gobernantes, cuya falta suele quebrar la llamada legitimidad del poder”*. (pág. 124),

Señala adicionalmente el mismo autor:

En la administración Pública se dan todas las características que son propias de una institución, a saber:

- a) Persigue fines que, si bien pertenecen al sentido común, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de obra que se encuentra en el seno de toda institución y en la medida en que es asumido como propio, la Administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse.
- b) Se halla compuesta por un grupo de humano que concurre a una actuación comunitaria. El cual se rige por un estatuto específico, que no se aplica a los integrantes del Gobierno. Los agentes públicos que integran la Administración deben participar plenamente de los fines que objetivamente persigue la institución; del contrario, se produce dispersión e inercia en la Administración, provocando su propia decadencia;

c) Una tarea perdurable, sus miembros están destinados a seguir en funciones, aun cuando falte el Gobierno, pero no por ello la Administración deja de estar subordinada a este último.

d) Cuenta con un poder organizado que ha sido instituido al servicio de los fines de interés público que objetivamente persigue, poder que permite imponer las decisiones que adopta la institución no sólo a sus componentes (los agentes públicos), sino a quienes integran la Administración (los administrados), dentro de los límites que le fija el ordenamiento jurídico; de ahí que también se haya dicho que para lograr el cumplimiento de esos fines la Administración actúa con una “fuerza propia”, en forma rutinaria e intermitente, y que su actividad no se paraliza ni se detiene por la crisis y los consecuentes vacíos que se operan en el poder político”. (CASAGNE, 2011, pág. 124)

La Administración Pública en el Perú es realizada por las entidades que conforman el poder ejecutivo tales como: los ministerios, los gobiernos regionales y locales, como también los organismos públicos descentralizados, el poder legislativo, el poder judicial, los organismos que la Constitución Política y las leyes confieren autonomía y las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

2.2.1.3. La Gestión Pública

La gestión pública es una actividad especializada que desarrolla las funciones directivas en entidades del sector público, destinada a la correcta y eficiente administración de los recursos del Estado, con el propósito de satisfacer las necesidades de la ciudadanía e impulsar el desarrollo del país.

La gestión pública es en esencia una gerencia del conocimiento, que busca superar problemas y facilitar acciones de los ciudadanos y de sus organizaciones, este proceso requiere contar con un calificado recurso humano para anticiparse a los problemas y resolver situaciones difíciles, así como proyectarse a un futuro

posible y diseñar los caminos necesarios que permitan su integración con la sociedad. La gestión pública es responsable por la instrumentación de las políticas del gobierno, la manera como ella funciona determina la eficiencia, eficacia y calidad de los resultados obtenidos con las intervenciones gubernamentales. Podemos inferir que las políticas mejor formuladas y diseñadas, no podrían alcanzar resultados satisfactorios si el modelo de administración pública que las pone en marcha no está sustentado en un sistema de incentivos, control y evaluación adecuada para sus fines propuestos (ANDIA, 2009, pág. 9).

2.2.2. Rol Económico del Estado

2.2.2.1. Introducción

Todo Estado tiene como objetivo la satisfacción de las necesidades de su población en ese sentido, la administración pública, entendido como el gobierno de turno; desarrolla sus políticas públicas con el fin de lograr un crecimiento económico, que le permita otorgar los servicios públicos, convirtiéndose en protagonista de la economía.

Según el profesor CASAGNE si bien el estudio de la Teoría del Estado pertenece al terreno de la Ciencia Política (o al de la Sociología según algunos), el Derecho Administrativo -como rama del Derecho Público que estudia primordialmente la organización y la actuación del Estado en sus relaciones con los particulares- no puede prescindir de sus aspectos esenciales, en cuanto aquello significa el punto de apertura de sus instituciones y principios, como también de la actividad de la Administración Pública (2011, pág. 11).

Para el profesor GASPAR ARIÑO, si bien el estudio del derecho público económico fue tradicionalmente abordado como una parte especial del derecho administrativo y estuvo presidido por una idea intervencionista limitativa de la libertad de los particulares, fue cobrando predicamento la denominación de

derecho administrativo económico y, finalmente, la de derecho público económico, como reflejo de la necesaria reunificación del derecho público y de la superación de la comprensión del derecho económico como derecho de la intervención administrativa en la economía, a favor de la ordenación. La regulación económica es una nueva rama del Derecho Público Económico que se ha desarrollado en los últimos años en todo el mundo. Aunque la regulación, en el sentido de ordenación, reglamentación, supervisión y control de las actividades económicas ha sido siempre una tarea del Estado, por razones de policía administrativa (seguridad, salubridad, orden público, etc.), por razones fiscales, laborales, y de todo orden, con especial referencia en los últimos lustros a razones medioambientales, la expresión “regulación económica”, en sentido estricto, dice relación a la ordenación de actividades estratégicas, hasta ahora públicas y en régimen de monopolio, que en estos años se han privatizado y se han abierto a la competencia. Muchos de estos sectores (agua, energía, transportes, telecomunicaciones, audiovisual) tenían hasta ahora la calificación de “servicios públicos” y hoy se les llama “sectores regulados”, los cuales han experimentado una radical transformación en el modo en que son gestionados desde su liberalización y apertura a la competencia (2012, pág. 11),

2.2.2.2. Hacia un modelo de Estado: El “Estado Subsidiario”

Para el profesor GASPAR ARIÑO y otros (2004):

“(...) , la quiebra del modelo que caracterizó al Estado Benefactor está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *“iure proprio”*. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales y aun, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares.

La sociedad de este tiempo histórico, que cuenta con una masiva información, ha sabido recorrer de pronto el velo que cubría a los verdaderos responsables de la

crisis, y ya no admite la presencia de falsos gerentes del bien común que persiguen beneficios personales o de grupos mientras crece el déficit y la ineficiencia.

Los reclamos que pujan por una mayor libertad económica, susceptibles de permitir el desarrollo espontáneo de la iniciativa privada, son canalizadas en las políticas oficiales de los gobiernos a través de diferentes medidas como las desregulaciones y la eliminación de privilegios y monopolios.

Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, inclusive aquellas prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público, lo cual acentúa la colaboración de los administrados en la gestión pública, que no pierde ese carácter por el hecho de ser gestionada por personas privadas.

Hay que advertir que el “estado subsidiario”, al haber nacido en el marco de un proceso de transformación de las estructuras socio-económicas y jurídicas existentes, no implica una ruptura total con los modelos anteriores, ni se produce el abandono por parte del Estado de aquellos ámbitos reservados a la iniciativa privada, en forma gradual o acelerada (según las circunstancias nacionales), con lo que mientras se aumenta el grado de participación de los particulares en la economía, se dictan las normas requeridas para desmonopolizar actividades, eliminando los privilegios existentes que prestaban el libre ejercicio de las diferentes actividades humanas, sean estas de naturaleza individual o colectiva. En el campo económico se observa un mayor énfasis aun en la legislación, con el propósito declarado de asegurar el funcionamiento libre de los mercados, al tiempo que se potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopólicas.

Pero el Estado no puede renunciar a su función supletoria, exclusivamente concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etc., cuando estas actividades no resultan cubiertas suficientemente por los particulares. Se opera de este modo la separación entre la titularidad de la regulación de los servicios públicos – cuya potestad indelegable es retenida por el Estado- y la gestión privada a través de las distintas figuras concesionales. (...)

En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquella. En otros términos, la subsidiaridad es una obligada consecuencia

de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el Presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre.

2.2.2.3. Régimen económico constitucional peruano

La implementación de una economía social de mercado prevista en nuestro ordenamiento constitucional de 1993, viene observando un fortalecimiento de la iniciativa privada y su participación en la economía. En particular, esto se evidencia en la incidencia que tienen las empresas privadas en actividades que antes formaban parte de la función prestadora del Estado y que bien podrían ser categorizadas como servicios públicos. Así, el régimen de asociaciones público privadas en el país, es un elemento de singular relevancia y que juega un rol significativo en nuestra economía. Es a través de la figura del contrato de APP que se formaliza esta relación de derecho público entre el Estado y el individuo, sujetándose este último a una serie de términos que condicionan su vigencia.

La Constitución de 1993, reconoce que Perú se rige por los pilares de una economía social de mercado, novedad que viene desde 1979; no obstante, es a partir de la década de los noventa, cuando la conciencia sobre la importancia del reconocimiento de ciertos derechos con contenido económico toma mayor fuerza. De manera expresa, en el preámbulo del texto constitucional del año 1979, se hace referencia a la necesidad de una sociedad justa donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía, siendo el artículo 115º el que precisa que “[...] *la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una Economía Social de Mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social*”. Es decir, desde aquella época se pretendía considerar el aspecto social de la inversión pública. Sin embargo, es hasta 1993 que el constituyente creyó necesario que la legislación tenga por objeto esencial establecer “*reglas de juego*” claras para los procesos económicos que garanticen la libertad, y que a la vez sean reflejo de los valores democráticos, cuya práctica sea eficiente. A partir de esa fecha, las primeras manifestaciones de la vida

económica peruana que surgieron años atrás se consolidarían en valores, principios y libertades que se encontrarían al amparo de la denominada economía social de mercado y bajo el resguardo de un Estado regulador, cuyo rol no podía minimizarse (OLIVOS, 2011, pág. 2).

La Constitución económica de 1993 tiene por objeto, fundamentalmente, establecer las reglas de juego por donde deben transitar libremente los procesos económicos en nuestro país, de manera democrática y eficiente. Estas interrelaciones entre un Estado social y democrático de derecho, aunado a un régimen económico de economía social de mercado ponen de manifiesto que la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad.

Así, en el marco de una economía social de mercado *“es importante atender al interés general a fin de que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja socioeconómica. El principio de solidaridad, derivado de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), contribuye sin duda a lograr este objetivo, en la medida que implica el compromiso directo del Estado, así como de las personas naturales y jurídicas, con los fines sociales del mismo”*. (BEAUMONT y otros, 2008, pág. 69).

La Economía Social es una forma de economía empresarial de naturaleza asociativa y democrática, en la que la empresa es entendida como la organización de la actividad económica con objeto de generar riqueza y permitir la obtención de excedentes. Consumidores, trabajadores, agricultores y profesionales se asocian para producir, distribuir y dotarse de servicios, en mejores condiciones, bajo su directa organización y control, repartiendo los excedentes entre sus asociados y asociadas al tiempo que se fortalecen y capitalizan las sociedades para garantizar su independencia y bienestar.

En este mismo orden de ideas y siendo consecuentes con el párrafo anterior se entiende que la distribución equitativa del ingreso siempre será uno de los lineamientos principales de este tipo de Economía, ya que si no se mejora el poder adquisitivo de las personas basada en la reorganización del ingreso, las empresas no tendrán la suficiente demanda para poder subsistir en las economías de mercado abierto, ya que gracias a la apertura económica y los tratados de libre comercio, se comienza a vislumbrar un amplio campo de acción de las multinacionales en los países menos desarrollados, donde se pueden presentar casos en que las empresas locales al generar oferta de bienes y servicios, y que estos no sean absorbidos por el mercado local, con la tendencia de desaparecer, puesto que no generan el suficiente flujo de dinero para mantenerse vigentes en el mercado.

El Tribunal Constitucional, nuestro máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que *“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo[...]”*. (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: Siete tesis de trabajo (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2003)*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25)”. Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

2.2.2.4. Los Contratos Administrativos

a. Introducción

El Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades de sus habitantes, siendo el objetivo primordial del Estado satisfacer tales necesidades para garantizar la convivencia y la paz social; así lo ratifica el profesor RETAMOZO

(2016) al sustentar la “razón de ser” de la actividad estatal, destacando “*que es la atención del interes general o interes público* (pág. 98).

Es conocido que el objetivo del primordial del Estado es la satisfacción de las necesidades de sus habitantes, para ello cuenta con una herramienta que coadyuva al logros de esos fines, que le permite acordar con un particular la prestación de un servicio o la realización de una obra que no puede realizar puesto que no tiene la capacidad para hacerlas, este medio lo constituye los contratos administrativos que “ (...), *son un mecanismo a través del cual el Estado adquiere bienes, servicios y ejecuta obras para atender los requerimientos de la población, su instrumentalización y los términos en que se efectúa la misma hace que se convierta en una política pública(...)*” (RETAMOZO, 2016, pág. 101)

Lo anterior es una valoración en sentido amplio del objeto de la Contratación Administrativa, pero dicha contratación no llega hasta ahí, podemos afirmar que es vital para el funcionamiento del Estado, que sin ella caeríamos en un estancamiento imposible de revertir. Tan sencillo como se escucha, el Estado necesita combustible para sus vehículos, papelería para abastecer las oficinas de las carteras del Estado y demás entidades que funcionen con fondos públicos, esas entre otras necesidades. Para poder obtener dichas prestaciones el Estado recurre a un particular para que le brinde lo que necesita para subsistir, y lo hace por medio de una figura: El Contrato Administrativo.

Debido a la importancia del Contrato Administrativo, éste tiene una regulación especial y más aún porque una de las partes en la relación jurídica es la Administración Pública.

b. Concepto de Contrato Administrativo

El asunto de la conceptualización del contrato administrativo es probablemente, el que mayor controversia ha generado en torno a dicha figura, producto de las más variadas opiniones existentes sobre el tema.

Para autores como MORAGA (2007, pág. 25), *“la institución jurídica bajo análisis es, en primer lugar, una institución jurídica universal que ha servido de auxilio al Estado en el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, el referido autor precisa que el contrato fue en la Edad Media una institución jurídica universal, desde el momento en que las relaciones de fuerza se reemplazaron por las relaciones jurídicas entre los privados y la autoridad administrativa”*.

Por su parte, otros autores como DROMI y SILVA definen al contrato administrativo como *“un negocio u acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración Pública y un particular, que, en tanto persiguen un fin público, se encuentran sometidos a normas de derecho público”* (2000, pág. 101) y (1995, pág. 174).

Asimismo, autores como CASAGNE señalan que si bien el fenómeno de la contratación pública durante cierta etapa, fue descrito como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, muchas veces no se ha reparado en la circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias (2011, pág. 356).

Tal como se puede apreciar, las posturas sobre el tema varían, principalmente, en atención a la perspectiva desde la cual se analiza el contrato. Es evidente que existen diversas posturas, unas que definen al contrato administrativo en clara contraposición con la contratación privada, otros que la definen en atención a los fines públicos cuya satisfacción subyace a su celebración, e incluso, quienes enmarcándolo dentro de la categoría general de contrato, lo definen como una herramienta del Estado para cumplir sus fines.

Se considera que la contratación administrativa no es más que una categoría jurídica en virtud de la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales, que presentan con respecto de los contratos privados

ciertas particularidades, por encontrarse sometidas a normas de derecho público, que determinan de manera subyacente su contenido principalmente, por el ámbito dentro del cual enmarca su actuación la administración pública.

c. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo

De manera similar a lo que sucede con la temática de la conceptualización del contrato administrativo, cabe afirmar que en lo que al análisis de dicha figura concierne, la temática de su naturaleza jurídica, dista mucho de ser el más pacífico de los temas.

Ello se debe a que el análisis de este aspecto a nivel doctrinario ha sido materia de un trato singular; tal como sucede con la problemática de su conceptualización, su estudio casi siempre conlleva a la confrontación respecto de los contratos de derecho privado, principalmente, en lo que a su configuración sustantiva se refiere. Lo expuesto no es desconocido para los especialistas en el tema, se ha señalado que *“[e]l problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil – que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica – y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público”* (CASAGNE, 2011, pág. 356).

Es precisamente la preponderancia que se le otorga a este problema, lo que ha dado lugar al surgimiento de dos teorías o concepciones específicas: la concepción dualista o clásica; y, la concepción unitaria.

(1) Concepción dualista o clásica

Según los que siguen esta postura, existirían por un lado, *“contratos administrativos”* y por el otro, *“contratos privados de la Administración”*, los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico.

Esta distinción tiene su origen en el Derecho Francés, en el que servía como un criterio de distinción a efectos de repartir competencias entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria. La concepción dualista cataloga al contrato administrativo como *“la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro sujeto de derecho (público o privado)”*. (GARCIA DE ENTERRIA & FERNANDEZ, 2001, pág. 674).

En el ámbito internacional, este criterio es seguido de manera unánime por los autores franceses, así como por un buen sector de la doctrina argentina, entre los que cabe destacar a diversos autores, como Juan Carlos Cassagne, Miguel S. Marienhoff, Manuel María Díez, Rafael Bielsa.

En el ámbito nacional, este criterio ha sido adoptado por Manuel De La Puente y Lavalle, Max Arias-Schreiber, Alberto Ruiz Eldredge, Antonio Pinilla Cisneros, entre otros.

Para aquellos que se adhieren a la postura que reconoce una concepción dualista del contrato administrativo, se analiza esta figura con marcado énfasis en lo que a sus características particulares se refiere con respecto al contrato privado, así como en base a los criterios en función a los cuales se hace sumamente necesaria dicha diferenciación.

Características de los Contratos Administrativos

Los seguidores de la concepción dualista de los contratos administrativos, reconocen la existencia de características particulares en éste tipo de contratación que incidirían en su propia naturaleza, diferenciándolo del régimen de contratación general (privado).

Entre las características propias de los contratos administrativos que reconoce este sector de la doctrina, se destacan las siguientes:

a) Las limitaciones a la libertad de las partes

Se afirma que una característica inherente a los contratos de derecho privado, es que la única limitación que se impone a la libertad de las partes se encontraría constituida por temas de orden público, buenas costumbres, moral y disposiciones legales de carácter imperativo.

En este sentido, quienes defienden la tesis dualista, señalan que en el caso de los contratos administrativos, en adición a las limitaciones a la autonomía de la voluntad, propias del derecho privado, existen limitaciones adicionales tanto por el lado de la administración pública, como por el lado de los particulares contratantes.

Con respecto a la actuación de la Administración, se señala que ésta se encuentra limitada por la sujeción al Principio de Legalidad, en virtud del cual, no sólo no goza de libertad para elegir a sus co-contratantes, sino que, adicionalmente, tampoco puede decidir la forma en que debe concertar los contratos que celebra.

En lo que a limitaciones a los particulares se refiere, se afirma que éstos se encuentran sujetos a las condiciones que de manera unilateral fija la Administración, por ejemplo, en las bases y condiciones que rigen un proceso de contratación.

El reconocimiento de lo expuesto como “características” propias de los contratos administrativos, ceden si se estima que en realidad no nos encontramos ante un supuesto de falta o inexistencia de autonomía de la voluntad, sino frente al hecho que el ordenamiento jurídico impone el sometimiento a formalidades específicas para la emisión de las declaraciones de voluntad de las partes, por lo que se trataría de un tema única y exclusivamente formal, de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico prevea. Por lo tanto, en el caso de los contratos estatales, al

encontrarse involucrada la Administración Pública, resulta fundamental reconocer que organización se encuentra “...ineludiblemente vinculad[a] a unas “formas o modos funcionales de actuar” (procedimientos administrativos) que de ninguna manera puede obviar si pretende lograr la producción de decisiones válida en Derecho (...)” (RODRIGUEZ , 2011, págs. 55-58).

b) La desigualdad jurídica existente entre las partes del Contrato:

Dentro de esta concepción, otro argumento que sustentaría la diferenciación entre la contratación administrativa y la contratación civil, radicaría en reconocer como rasgo característico de la primera, el que a diferencia de lo que sucede con los contratos de derecho privado, éstos últimos tienen como nota esencial que las partes se encuentran en igualdad de condiciones.

En el caso de la contratación administrativa, existiría una subordinación del contratante particular frente a la Administración Pública, en la medida que los intereses de ésta última, al ser depositaria de los intereses públicos, tienen una preeminencia “lógica” sobre los intereses de los particulares.

En nuestra opinión, tal desigualdad es inexistente, en la medida en que ambas partes tienen intereses dignos de tutela por parte del ordenamiento jurídico, para lo cual ambas establecen vínculos contractuales con la finalidad de satisfacer sus necesidades de cooperación.

Bajo esta lógica, correspondería afirmar que no existe “primacía de intereses” alguna, sino que el ordenamiento jurídico vigente, únicamente, establece ciertas facultades específicas, con el objeto que la Administración (supervise la correcta ejecución) de las prestaciones a cargo de ésta, en las que se involucre el uso de fondos públicos.

La aludida situación de desigualdad que caracterizaría a los contratos administrativos también se presenta en los contratos privados, por lo que este aspecto no podría calificarse como un criterio diferenciador, en tanto no es único y exclusivo este tipo de contratación.

c) La mutabilidad de los contratos administrativos.-

Un aspecto distintivo de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho privado, es que éstos últimos se rigen por un principio general de inmutabilidad de las obligaciones pactadas en aplicación del principio “*pacta sunt servanda*”; mientras que en los contratos de derecho administrativo, por establecerse relaciones jurídicas en orden a la satisfacción de intereses públicos, los mismos se rigen por un principio de mutabilidad contractual. En concordancia a CAJARVILLE “[l]a doctrina incluye generalmente entre las llamadas “*prerrogativas*” de la administración contratante, la de modificar los contratos que ha celebrado, razones de interés público de por medio” (2015, pág. 96).

En rigor, en los contratos administrativos rigen tanto el principio “*pacta sunt servanda*” (al igual que en los contratos privados), como el “*rebus sic stantibus*” (o teoría de la alteración de las circunstancias).

Esta afirmación, parte de la idea de que en los contratos del Estado, se constituyen obligaciones destinadas a ser efectivamente cumplidas, toda vez que al igual que en los contratos de derecho privado, son celebrados con la finalidad de establecer relaciones de cooperación definidas entre el Estado y los particulares.

Así, se advierte que no existe una “mutabilidad total” en los contratos del Estado sino que simplemente, se establece un “régimen de modificaciones o renegociaciones”, el mismo que se encuentra orientado a garantizar un equilibrio económico entre las partes.

Por tanto, este criterio de diferenciación entre el “contrato privado” y “contrato administrativo” basado en la mutabilidad de una u otra relación, quedaría desvirtuado, en tanto que la mutabilidad se aplica tanto para los contratos “privados” como para los contratos “administrativos”.

d) La posibilidad de afectación de derechos de terceros.-

Finalmente, se señala que la diferencia entre la contratación privada y la administrativa, radica en que mientras los contratos privados no pueden afectar derechos de terceros, en el caso de los contratos administrativos sí, en tanto que para éstos últimos, ello sería una regla común.

La figura del contrato con efectos jurídicos frente a terceros es perfectamente admisible tanto en los contratos de derecho privado como en los de derecho público, por lo que en realidad, constituye una falacia afirmar que ésta sea una diferencia sustantiva entre los contratos privados y los contratos administrativos.

Queda claro entonces, que a la luz de lo expuesto en los párrafos precedentes, *“que la distinción entre contratos privados y contratos administrativos, carece de sustento, no pudiéndose desconocer la universalidad del concepto jurídico del contrato (el mismo que se encuentra anclado en la teoría general del derecho), la naturaleza unitaria de la responsabilidad patrimonial del Estado ante el incumplimiento de sus obligaciones, así como la realidad de que los contratos de la Administración se encuentran siempre regidos por el derecho público y el derecho privado”* (DROMI, 2000, pág. 363).

(2) Concepción Unitaria

La concepción unitaria del contrato administrativo se ubica en contraposición con la concepción dualista del mismo, postulando que los contratos suscritos por

el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen (LINARES, 2008, pág. 182).

Para aquellos se adhieren a esta postura, se parte de la premisa que todos los contratos que celebra el Estado son “públicos” en la medida en que a todos ellos se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de derecho administrativo).

Actualmente, esa teoría es la más aceptada en nuestro país, atendiendo a la escasa utilidad de los criterios que integran la tesis dualista (servicio público, jurisdicción aplicable, cláusula exorbitante, entre otros), así como a la inutilidad de la distinción en nuestro ordenamiento. El acogimiento de ésta teoría, se fundamenta en el hecho que el procedimiento de formación de la voluntad estatal en orden a celebrar cualquier tipo de contrato (salvo excepciones), se rige por un marco legislativo particular.

2.2.2.5. Los Contratos de Concesión

Dentro de la economía de mercado se utilizó la concesión como la vinculación contractual del Estado para ejecutar transformaciones sustanciales en el campo económico. Este contrato que transfiere el cometido del Estado a manos privadas desprendiéndose de la responsabilidad directa en la prestación de un servicio, determina las obligaciones a las que está sometido el concesionario, como calidad, inversiones permanentes, modernización tecnológica y todo cuando haga a la prestación de un buen servicio. Asimismo, reconoce sus derechos subjetivos contenidos en la normativa vigente como la percepción del precio pactado, suspensión de la ejecución o rescisión del contrato por culpa del Estado y el mantenimiento de la ecuación económica-financiera.

Desde la segunda mitad del siglo XX, el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por excelencia. Los Estados

decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas, fue la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades. Fue la época del marxismo y el desarrollo histórico del Estado de bienestar, siendo este el sujeto activo de la economía (GORDILLO, 2013, pág. 7).

A partir de los años 90, se opera el cambio de orientación mundial de las ideas económicas surgiendo nuevos modelos y se produce un traspaso a la actividad privada de algunas actividades que antes había asumido el Estado, quedando desestatizadas, desmonopolizadas y libradas a las reglas del mercado. Surge la época de los grandes contratos de concesión a las transnacionales y el sistema regulatorio. En el lapso de aproximadamente 15 años de estos nuevos hechos se revierte la tendencia y se sienten nuevos vientos de nacionalizaciones en Latinoamérica, poniéndose en duda la eficacia de los Contratos de concesión y surge una lucha de interés que está latente.

El profesor DROMI (2000) señala que:

“la Concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, “concesionario”, actúa por su cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez. La Concesión implica en favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, quien conserva el control y en ciertos supuestos la dirección. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas. La asignación de atribuciones la hace el Poder Ejecutivo a la persona determinada, la cual actuará bajo el severo y constante control o vigilancia de la autoridad concedente. Es una adjudicación o imputación de atribuciones o facultades, una “transferencia transitoria de potestades públicas”. La explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo. La responsabilidad que derive de hechos que concreten

el ejercicio de la concesión, corresponde al concesionario. La Concesión de servicio público se otorga, directa e inmediatamente, en “interés público”; por eso la concesión de servicio público no puede ser “renunciada” unilateralmente por el concesionario y el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica, en comparación con el control estatal sobre la actividad del contratista en los demás contratos administrativos. A pesar de la concesión, la actividad sigue siendo “servicio público”, por lo cual los principios esenciales de este tienen plena vigencia en el ámbito de la “concesión”. (pág. 464)

La palabra concesión proviene del latín “*consesio*”, derivada de “*concederé*” que significa conceder, que es un término genérico que implica diversos actos a través de los cuales la Administración pública confiere a personas privadas derechos o ventajas, sobre el dominio del Estado mediante la sujeción a determinadas cargas y obligaciones, la mayoría de las veces, tales derechos y ventajas complementan el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas.

PROINVERSION señala que “*en la legislación peruana, la Asociaciones Publico Privadas (APP), adoptan la forma de una concesión, es decir, la de un contrato firmado entre el Estado y una empresa (que a su vez puede estar conformada por un consorcio de empresas) por el cual el Estado (gobierno nacional, regional, municipal) otorga la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo determinado. La concesión es una figura jurídica por la cual el Estado transfiere por un lapso de tiempo al sector privado la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, más no la propiedad sobre los mismos*” (2005 pag. 14),

En otra oportunidad, se ha señalado que el concepto y la naturaleza jurídica de la concesión administrativa es un asunto complejo. Por nuestra parte, consideramos que en razón del procedimiento, el tipo de manifestación de la voluntad de la autoridad administrativa y los efectos de la misma, se debe

considerar de forma secuencial, que la concesión es un procedimiento, acto y contrato.

En el marco del procedimiento administrativo, el Estado entrega en concesión al sector privado una obra o servicio público: El procedimiento que se utiliza reposa en dos modalidades: i) la Licitación Pública Especial, mediante el cual un ente público invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones establecidas en las bases, formulen sus respectivas propuestas, una de las cuales será seleccionada como la más conveniente; y, ii) el Concurso de Proyectos Integrales, mediante el cual un ente público invita a los interesados para que presenten sus respectivas propuestas, en función a un expediente técnico que deberá ser complementado por el postor, a partir de las variables que son materia de evaluación.

En este último mecanismo, se establecen un conjunto de reglas especiales en concordancia con el tipo de procedimiento de selección.

2.2.3. Las Asociaciones Público Privadas (APP)

2.2.3.1. Los Contratos APP

El ordenamiento legal vigente, define a las Asociaciones Público Privadas (APP), como *“modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada”* (D. Leg. 1224, 2015).

Las Asociaciones Público Privadas (APP) son una alternativa a la obra pública, en la medida que permite que participe la inversión privada en proyectos de infraestructura pública y/o sus servicios derivados, uniendo la fase constructiva con la de operación y mantenimiento, o solo involucrando la operación y mantenimiento de infraestructura existente. En cualquier caso, una APP precisa, a través de obligaciones contractuales, las características y calidad de la construcción y la de los servicios derivados de la infraestructura, establecidos de manera específica en dicho contrato durante toda su vigencia.

Las modalidades de contratación de APPs bajo la normativa nacional incluyen el contrato de concesión, la asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, joint ventures, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley. Tienen por objetivo crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

La APP es un tipo de contrato que en nuestra legislación adopta la forma de una concesión; es decir, la de un contrato firmado entre el Estado y una empresa (que a su vez puede estar conformada por un consorcio de empresas), por el cual el Estado (Gobierno nacional, regional o municipal) otorga la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo determinado (PROINVERSION, 2005, pág. 55).

Bajo este esquema, el sector privado puede aportar su experiencia, conocimientos, equipos y tecnología en la construcción, operación, mantenimiento de infraestructura pública. Por su parte, el Estado mantiene derechos de propiedad sobre la infraestructura implicada, incluyendo la nueva que construya el inversionista privado, revirtiendo al Estado al término de la vigencia del contrato.

El sistema de concesiones de obras públicas que algunos países latinoamericanos se puso en práctica en la segunda mitad de la década de 1990

para hacer frente al enorme déficit de infraestructura vial, la cual era hasta entonces emprendida mayoritariamente por el Estado, y ha permitido realizar importantes inversiones en infraestructura en teoría con poco riesgo fiscal y limitado recursos públicos. El elemento clave de la política, diseñado para hacer frente al enorme déficit de infraestructura y la carencia de recursos financieros que el Estado requiere para su solución, lo constituyen la incorporación de capitales privados al desarrollo y explotación de las actividades de infraestructura, y el pago de tarifas por los usuarios en relación con el uso de las obras de infraestructura de mayor importancia relativa. El vehículo específico para la materialización de esa participación del sector privado, lo constituyen los contratos de Asociaciones Públicas Privadas (APP).

Lo que resulta evidente, es que no existe una definición extensamente aceptada sobre lo que significa una APP. Debemos acotar en primer término que las APP (Asociación Pública Privada), PPP (Participación Pública Privada) o Iniciativa de Financiación Privada (PFI), nombre con el que son ampliamente conocidas en el Reino Unido, constituyen en general un acuerdo de cooperación entre entidades públicas y empresas privadas, con el objeto que sea el sector privado el que acometa alguna de las tareas de diseño, construcción, mantenimiento, gestión y financiación de infraestructuras y servicios de interés público, transfiriéndole buena parte de los riesgos y responsabilidades al sector privado, pero en el que la entidad pública mantiene las potestades de control y regulación de la actividad del sector privado.

En esa misma línea, otra definición es planteada por la OIT, donde las APP son iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público (Estado) y del sector privado (no estatal), en las que las partes acuerdan trabajar juntas para lograr un propósito común o emprender tareas específicas. Las APP pueden tener diferentes objetivos, como hacer avanzar una causa, aplicar normas o códigos de conducta o intercambiar y coordinar recursos y conocimientos técnicos. Pueden consistir en la realización de una actividad específica o

convertirse en un conjunto de acciones o incluso en una alianza duradera contribuyendo a alcanzar el consenso y la responsabilidad de cada organización participante y las partes interesadas. Aunque pueden ser de diversos tipos, dichas asociaciones por lo general se establecen como estructuras de cooperación en las que se comparten responsabilidades, así como también conocimientos técnicos, recursos y otras ventajas, ésta definición ha sido elaborada a partir de definiciones del término «asociaciones» empleadas comúnmente en documentos de las Naciones Unidas (véase, por ejemplo, *Building partnerships: cooperation between the United Nations system and the private sector*; Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas).

En esa línea, el Banco Mundial, considera que una APP es un acuerdo en el que parte de los servicios o labores son de responsabilidad del sector público y el sector privado, bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios, ni servicios de llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público.

Hasta aquí, al parecer está admitido de modo general que las APP requieren algo más que la simple colaboración o cooperación entre el sector público y el sector privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura, debe sustentarse no solo en la precisión de las obligaciones y derechos, sino en la asignación eficiente y adecuada de una asignación de riesgos.

Ahora bien, con el propósito de no ampliar la discusión, aunque somos conscientes de que ello no termina con lo expresado en párrafos anteriores sobre lo que es una APP, lo que se pretende es plantear la esencia de la discusión para enmarcar la definición específica de la APP en nuestro medio, la misma que enmarca las iniciativas privadas y públicas en la estructuración y ejecución de los

Contratos. En ese sentido, de acuerdo al artículo 11º del Decreto Legislativo N° 1224, las Asociaciones Público – Privadas (APP) son *“modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente. Las Asociaciones Público Privadas se originan por iniciativa estatal o iniciativa privada”*.

Otro aspecto que precisa la definición son los beneficios que genera ese esquema relacionados a una mayor eficiencia e igualmente define los objetivos y fines de su utilización, con lo cual se puede inferir de manera integral que el potencial de los beneficios sociales de las APP resultaría solo si se dan los incentivos correctos mediante la adecuada asignación de riesgos y contratos bien diseñados, se podrá alcanzar la mayor eficiencia social, generando alianzas que respetando sus propios intereses, se busque el interés general para el bienestar de la población.

Las APP pueden clasificarse de la siguiente manera:

i) Autofinanciadas.- Son aquellos proyectos que, en general no necesitan de apoyo de financiamiento o garantías del Estado, pudiendo ser rentables con los ingresos propios del negocio. En el caso en que necesitaran algún tipo de garantías del Estado, éstas no deben superar los siguientes límites:

- *Garantías financieras:* deben ser de un monto menor al 5% del costo total de inversión; éste último determinado como el valor presente de los flujos de inversión estimado en la identificación del proyecto o en el último estudio de preinversión, según corresponda.
- *Garantías no financieras:* debe tener una probabilidad de uso de recursos públicos no mayor al 10% para cada uno de los primeros 5 años de ejecución del proyecto.

ii) Cofinanciada.- Son aquellas que requieren del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras, o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Los proyectos que resulten clasificados como cofinanciados deberán cumplir con todos los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley del Sistema Nacional del Endeudamiento y sus modificatorias y demás normas correspondientes.

2.2.3.2. Diseño de los Contratos APP

Como se anotara, el desarrollo de las APP, es complejo y de largo plazo, por lo que los contratos, son igualmente complejos y requieren la precisión conceptual de por lo menos los principales términos usados en el mismo, las cuales más que definiciones de corte académico, son conceptualizaciones que establecen los umbrales de los términos, de tal manera que se propicie un adecuado entendimiento de los mismos, por lo que la revisión de estos por parte de especialistas, resulta de suma importancia.

Los conceptos considerados a continuación no tienen el alcance de ser limitativos ni excluyentes, sino que por razones académicas, el orden de presentación se realiza según los momentos de su ejecución:

- a) **Acreedor Permitido:** conformado por cualquier institución financiera que cumpla las condiciones establecidas en el Contrato. Sólo aplicable para los supuestos del Endeudamiento Garantizado Permitido, es decir para que pueda ser depositario de las garantías que otorga el Contrato, tales como: (a) El derecho del contrato de largo plazo, b) Los ingresos netos futuros, y c) Las acciones y participaciones.
- b) **Cierre Financiero:** Proceso en que el Concesionario acredita de manera fehaciente e indubitable que dispone o tiene acceso al financiamiento

necesario para disponer de los fondos que aseguren el cumplimiento del calendario de obras, y en su caso, las actividades de mantenimiento periódico inicial y e inicio de la explotación del Contrato con el Estado.

- c) **Fidecomiso:** El proceso de ejecución contractual según sea las obligaciones respecto a los ingresos que deviene el Contrato de APP, normalmente prevé diferentes tipos de fondos de Fidecomiso (Fidecomiso de Administración, de eventos catastrófico, de emergencia, de rescate de la Concesión), y en algunos casos se estructuran un solo Fidecomiso con diferentes cuentas para una mejor gestión de los fines y propósitos establecidos en cada uno de ellos. Cada Fidecomiso implica la formalización de un contrato con una entidad financiera con el objeto de que los recursos del patrimonio fideicometido estén protegidos y sean administrados para asegurar los fines para los cuales se suscribió el contrato.
- d) **Tarifa(s):** Contraprestación por un servicio regulado que el Concesionario o un Operador está autorizado a cobrar a los usuarios, el mismo que incluye IGV. Se incluye en dicho concepto, las tarifas diferenciadas, la misma que es otorgada por el sector correspondiente, de acuerdo a los criterios y procedimientos vigentes.
- e) **Garantías:** Documentos emitidos por una entidad bancaria (Carta fianza, Carta de crédito, stand by) o de aseguramiento (Póliza de caución) con el propósito de reforzar las obligaciones del Concesionario en el Contrato APP. Por lo general, se utilizan garantías por cumplimiento de obras, por cumplimiento de ejecución de mantenimiento periódico inicial, por el cumplimiento del Contrato principal ente el Concedente y el Concesionario. Adicionalmente, se puede solicitar garantías bancarias específicas por acuerdo de las partes. Igualmente existen garantías de Demanda/Ingreso Mínimo Anual Garantizado (IMAG), otorgadas por el concedente a efectos de asegurar al concesionario un nivel mínimo de ingresos.
- f) **Seguros:** Durante la vigencia del contrato, normalmente el Concesionario deberá mantener en vigor diversas pólizas de seguros, que tendrán el propósito de cubrir su responsabilidad por los siniestros que se produzcan,

relacionados con la infraestructura objeto del Contrato de APP. Entre los seguros exigidos están los de responsabilidad civil, bienes de construcción, de riesgos laborales, de operación y otros que las Partes acuerden.

- g) **Penalidades:** Son sanciones por incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el respectivo Contrato de APP. El establecimiento de penalidad no le exime de su responsabilidad civil o penal, según sea el tipo, magnitud e impacto que genere a la otra Parte. En caso que el Concesionario incumpla con pagar las penalidades dentro del plazo establecido, se le podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del Contrato APP.
- h) **Controversias:** Constituidas por las diversas interpretaciones de las cláusulas del contrato, estableciéndose por lo general, mecanismos de carácter progresivo que orientan a las partes a resolver las controversias. En primer lugar establecen como criterio de interpretación, el orden de prelación de los documentos que rigen la alianza pública privada: Contrato, Circulares y las Bases materia del concurso. Y segundo, establecen por lo general que las divergencias existentes se resuelvan vía Trato Directo, estableciéndose su procedimiento y plazo para resolver. Tercero, considera la realización de Arbitrajes de Conciencia y de Derecho y en el extremo cuando no se resuelven las controversias, se prevé por lo general que el conflicto sea resuelta en Arbitraje Internacional CIADI, que es una institución del Banco Mundial con sede en Washington; previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos.

En el marco de la solución de controversias y dentro del procedimiento del trato directo se ha incorporado nuevo mecanismo para la solución eficiente de conflictos en Contratos de APP, mediante la figura del Amigable Componedor, la misma que consiste en el acuerdo de las partes, para la intervención de un tercero neutral denominado “Amigable Componedor”, con el objeto que colabore con las partes a poner fin a una o más controversias que hayan surgido entre ellas.

Se considera que la figura del “Amiga Componedor”, se introdujo debido a la falta de incentivos para Concedentes y Concesionarios para resolver directamente sus controversias, pues a pesar de que los Contratos APP disponen de una etapa de Trato Directo para ello, las trabas administrativas, los controles, muchas veces innecesarios y la mentalidad burocrática, no permitían que dicha etapa fuera productiva.

Luego de un procedimiento corto, el “Amigable Componedor” emite una propuesta de solución y las partes del Contrato decidirán libremente si la toman o no. De aceptarla, la misma se convierte en un acuerdo con valor de cosa juzgada y que pone fin a la(s) controversia(s) en cuestión e incluso no se requiere ninguna formalidad expresa para que el acuerdo a que llegan las Partes surta sus efectos.

- i) **Renegociaciones:** Las renegociaciones son constituidas por las modificaciones efectuadas al contrato por acuerdo de las Partes. En concordancia con el marco contractual y a la ley, dichas modificaciones disponen de procedimientos y plazos, en todo caso las renegociaciones están limitadas a partir del año 2008 a que no se realice hasta después de tres años de la suscripción del contrato, salvo determinadas excepciones. Las modificaciones no deben alterar, la naturaleza del Contrato, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.
- j) **Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) o Proyecto de Ingeniería de Detalle(PID):** Son los documentos donde se establece el detalle del diseño de la infraestructura y ésta constituido por el conjunto de estudios especializados que se realizan sobre el expediente técnico y que permiten definir el dimensionamiento a detalle del proyecto, los costos unitarios por componentes, especificaciones técnicas para la ejecución de obras o equipamiento, medidas de mitigación de impactos ambientales negativos, necesidades de operación y mantenimiento, el plan de implementación, entre otros requerimientos considerados como necesarios de acuerdo a la tipología

del proyecto. En proyectos de infraestructura, a los estudios especializados se les denomina de ingeniería de detalle (topografía, estudios de suelos, etc.) Los contenidos de los Estudios Definitivos varían con el tipo de proyecto y son establecidos de acuerdo con la reglamentación sectorial vigente y los requisitos señalados por la Unidad Formuladora y/o Unidad Ejecutora del Proyecto.

- k) **Áreas de Concesión:** Constituyen las áreas descritas en los respectivos contratos para que se desarrolle la APP. En el caso de las carreteras, lo constituye la franja ubicada dentro del derecho de vía que a la fecha de toma de posesión no se encuentra ocupada o invadida y que es entregada al Concesionario para la construcción vial y la explotación del Servicio para efectos de la APP. El área de Concesión se irá incrementando proporcional y progresivamente luego de concluidos los procedimientos de adquisición y expropiación de predios. Dentro de ésta Area se encuentran las instalaciones y edificaciones según corresponda el tipo de infraestructura (Portuarias, Aeropuertos etc.), tratándose de vías férreas y carreteras se encuentran adicionalmente los accesos, Obras Obligatorias y Obras Complementarias tales como: obras de arte, drenaje, túneles, puentes, pontones, muros, servicios y zonas de seguridad, entre otras.
- 8. **Calendario de obras:** Lo constituye la programación en el tiempo del desarrollo de las actividades y acciones propias de los proyectos de ingeniería.
 - a) **Proyecto Referencial:** Es el proyecto que generalmente se contempla únicamente en las Obras referidas en los términos de Referencia contemplados en las convocatorias de concurso y que cumplen con los índices de servicialidad indicados en los respectivos contratos.
 - b) **Inicio de Obras:** Es la fecha que se establece en los respectivos contratos que se obliga al Concesionario a iniciar los procesos de ejecución de obras, luego de la aprobación del respectivo proyecto de ingeniería de detalle.
 - c) **Obras Obligatorias:** Son aquellas obras que se encuentran contempladas en el Expediente Técnico y forman parte de las obligaciones a ser ejecutadas por

una de las Partes (generalmente de parte del Concesionario) y que se encuentran definidas en el respectivo Contrato.

- d) **Obras Adicionales:** Lo constituyen aquellas Obras que no se encuentran contempladas en los respectivos expediente técnicos o PID, cuya decisión se puede decidir en el transcurso del desarrollo de la Concesión, para su ejecución requieren declaratoria previa de viabilidad, pueden ser presentadas por una de las Partes y deben ser consideradas convenientes para el cumplimiento del objeto de la Concesión. Aparte del acuerdo de las Partes cuando corresponda deberá contar con la opinión favorable del Regulador para ser calificada como tal.
- e) **Obras Accesorias:** Son aquellas obras vinculadas directamente a la APP, que se ejecutarán para estabilizar la infraestructura por efecto de la erosión fluvial o geotécnica o cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en el Expediente técnico, a pesar del mantenimiento considerado, se deteriore prematuramente o requiere ser modificado por razones de seguridad.
- f) **Obras Complementarias:** Son aquellas obras indicadas en el respectivo Contrato, cuya obligación es considerada obligatoria por el Concesionario a su costo por tratarse de obras inherentes a su Explotación.
- g) **Variaciones de Metrados:** Son trabajos que supongan un aumento o disminución de metrados respecto a las obras contemplados en el Proyecto Referencial utilizado por el postor para la presentación de su Propuesta Técnica en la Etapa del Concurso.
- h) **Certificado de conformidad de Obra:** Constancia de conformidad de la ejecución de las Obras ejecutadas por el Concesionario de haber sido ejecutadas de acuerdo con los estudios de desarrollo de ingeniería. Generalmente es emitida en base al informe de una comisión de recepción de Obra que se designa para el efecto.
- i) **Retribución por avance de Obras:** Constituye la retribución que el Concedente hace al Concesionario por el avance de la ejecución de las obras programadas, previo informe y valorización del Supervisor de Obra y

Regulador cuando corresponda. La retribución se efectúa vía Pago por Avance de Obra (PAO) o Retribución en efectivo por Inversión (RPI).

- j) **Retribución al Estado:** Es la retribución que recibe el Estado de parte de la Concesionaria por la Explotación de la Infraestructura Pública vía APP, la misma que se establece en el proceso de concurso y se formaliza en el respectivo contrato,
- k) **Plan de Mantenimiento:** Constituye el conjunto de actividades debidamente programadas en el tiempo, con el objeto asegurar la sostenibilidad de la prestación de los servicios públicos con los niveles de estándares de calidad establecidos contractualmente.
- l) **Caducidad:** La caducidad significa la extinción de la APP y pueden caducar, entre otros, por (i) vencimiento del plazo de la concesión, (ii) por mutuo acuerdo, (iii) por incumplimiento del Concesionario, (iv) por incumplimiento del Concedente y (v) por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito.

2.2.3.3. Renegociación de los contratos APP

Como premisa, se debe tener presente que nada impide, en principio, que el Concedente y el Concesionario, puedan renegociar, es decir acordar la modificación de un contrato de APP, en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público, conforme a consideraciones implícitas en la suscripción de contratos administrativos.

Estas son las condicionantes propios del contrato, por ejemplo cuando se requiere incrementar el monto para obras adicionales o variaciones en metrados que daría por consiguiente un mayor compromiso financiero, cuando se ha previsto la entrega de bienes dentro del periodo de concesión, es decir, referido a aquellas modificaciones que están previstas en el propio contrato y que requiere modificación contractual.

Las partes pueden convenir en modificar el contrato APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse adendas, salvo que se trate de:

- a. La corrección de errores materiales.
- b. Los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato.
- c. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

De otra parte, se debe tener presente que en aplicación del principio del “*ius Imperium*” atribuible a todo Estado, se autoriza al Concedente (representante del Estado) a modificar el objeto del contrato APP en función del Interés Público. La aplicación de este principio cuando se trate de una modificación unilateral por parte del concedente, obliga al Estado; a indemnizar íntegramente al inversionista privado por los perjuicios que el acto estatal le haya causado al alterar el contrato, y así lo establece el marco legal vigente, señalando que los Contratos APP pueden contener cláusulas que estipulen el pago de una indemnización a favor del Concesionario en caso el Estado modifique unilateralmente la Concesión.

Por ello, resulta razonable admitir la modificación de los términos contractuales, considerando que el plazo de vigencia de los contratos APP trasciende a las administraciones gubernamentales y también, muchas veces se requiere que éstas se adapten a la innovación tecnológica, realidad económica o nuevas condiciones de mercado, o por aspectos no considerados con precisión en el diseño y estructuración del contrato, no debiendo perder de vista el interés público por el cual los contratos fueron suscritos (URRUNAGA & BONIFAZ, 2006, pág. 29).

Esta habilitación para realizar modificaciones contractuales si bien se funda en interés público, reconoce como límite natural el equilibrio entre las prestaciones pactadas entre concedente y concesionario.

El marco legal vigente, contempla la posibilidad de que pueden propiciar las modificaciones de contratos, entre otras, las siguientes situaciones: cambios en la estructura del mercado, cambios tecnológicos, cambios en la naturaleza de la normatividad aplicable, o hechos y actos del Estado, es decir, situaciones que hagan necesario restablecer el equilibrio económico financiero de la APP o mantener el Interés Público de la misma, sobre la base de la evaluación de la asignación de riesgos dispuesta por el propio Contrato.

Adicionalmente, los contratos APP prescriben que las modificaciones deberán realizarse cuando resulte necesario y respetando la naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las partes; supuestos que deben ser debidamente observados en los procesos de renegociación. Además se precisa que entre los supuestos para la modificación contractual, pueden producirse para adecuar el Contrato a nuevas circunstancias que se produzcan durante la vigencia de la APP o sus prórrogas y que las partes no pudieran haber previsto a la fecha de suscripción del Contrato (RUFIAN LIZANA , 1999, pág. 28).

Finalmente, en este contexto, el Estado podrá modificar el contrato APP cuando ello resulte conveniente al interés general. También dentro del marco legal, cabe la posibilidad de plantear una renegociación del contrato de concesión, si ambas partes así lo estiman pertinente, en tanto se justifiquen los supuestos para el mantenimiento del equilibrio económico –financiero del contrato de concesión.

Según MONTESINOS, al analizar el proceso de las concesiones en infraestructura de transporte, señala que los motivos de las renegociaciones están más relacionados a obras, es decir temas relacionados a la disponibilidad de los

predios, procedimientos técnicos de aprobación, el avance de obras, presiones de aspectos técnicos, inversiones adicionales, variación a las obras en construcción, entre otros (2012 pag. 14).

El contrato APP prevé de acuerdo a la normatividad vigente, que si la modificación propuesta desvirtúa el objeto del proyecto original o involucre un monto adicional que supere el 15% del costo total del Proyecto APP, siempre que la naturaleza del proyecto lo permita, evaluará la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una adenda al contrato.

Pero lo que no debe perderse de vista es que la normatividad vigente sobre APP permite las modificaciones contractuales en su universalidad, salvo las limitaciones temporales que la propia ley establece y que en el extremo no las prohíbe, dispone evaluar la conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección como alternativa a la renegociación. Eso significa que más allá de dicha limitación puede realizarse cualquier tipo de modificación sin restricción alguna, claro, siempre y cuando se adapte a la normatividad vigente.

Opiniones Previas

La modificación de los contratos de APP requiere la opinión previa del Organismo Regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción que origino el contrato APP, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económico financiera y su distribución de riesgos.

Asimismo, se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento o las garantías.

Por la naturaleza de la opinión, ésta resultaría vinculante por cuanto de ello depende su aplicación.

En caso que se cuente con la opinión del organismo regulador, la entidad pública solicita la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas en caso las modificaciones alteren el cofinanciamiento, las garantías, así como ante cambios en los parámetros económicos y financieros del contrato, y aquellos cambios que puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato APP o que puedan generar contingencias fiscales al Estado. Asimismo, los acuerdos indistintamente a la denominación que adopten, que contengan modificaciones al contrato APP, que regulen aspectos de competencia del Ministerio de Economía y Finanzas y que no cuenten con opinión previa favorable de éste, no surten efectos y son nulos de pleno derecho (D. Leg. 1224, 2015).

2.2.3.4. Reconversión de los Contratos APP

Resulta pertinente diferenciar la renegociación y la reconversión de un contrato APP. En ambos casos, estamos ante mecanismos mediante los cuales se lleva a cabo una alteración de los términos contractuales originalmente contemplados por el concedente y el concesionario; sin embargo, en el campo de la doctrina, la renegociación implica mantener los términos esenciales del contrato, pero modificando, a su vez, sus modalidades, plazo, precio, entre otros. La reconversión, en cambio, conlleva un cambio en el objeto del contrato, es decir, en el fin de la prestación a cargo del concesionario (SUTO y otros, 2013, págs. 46-47).

Sobre el particular, DROMI ha analizado ambas instituciones e identifica sus diferencias, relacionando cada una con lo que el jurista denomina *ecuación política* (referida al servicio público o infraestructura que es objeto de las prestaciones a cargo del concesionario) y *ecuación económica* (referida al precio que se paga al concesionario por sus prestaciones) del contrato de concesión:

La renegociación es una novación actualizadora de la eficacia contractual, en cambio la reconversión es una novación transformadora de la vigencia contractual, por ello, esta última afecta el elemento objeto del contrato.

Formalmente coinciden ambos sistemas, es decir que la renegociación o la reconversión son operativas cuando se altera cualquiera de las ecuaciones del contrato público: la económica o la política. Sin embargo, en la práctica generalmente se asocia la renegociación al quebranto de la ecuación económica y la reconversión al de la ecuación política. Es decir, en la praxis hay una proximidad entre renegociación con ecuación económica y reconversión con ecuación política, pero ello no implica que esté vedada la solución de reconversión en un caso donde se encuentre alterada la ecuación económica y viceversa (DROMI, 2000, pág. 124)

La reconversión del contrato de concesión está relacionada más estrechamente con las potestades exorbitantes del Estado para la defensa del interés público —razón por la que se suscribe el contrato— y, en tal sentido, es la herramienta de la cual dispone aquel para mantener actualizada la ecuación política del contrato, aquella que se refiere a las prestaciones relacionadas con el servicio o la infraestructura públicos. En cambio, *“renegociar implica simplemente reequilibrar los elementos que componen el contrato de concesión y, por ende, se relaciona con su equilibrio económico-financiero, aunque no se limita a este y solo implique ajustes sobre la base misma del contrato”* (SUTO y otros, 2013, pág. 47).

Al respecto, los lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión, aprobados mediante Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN, de fecha 17 de noviembre de 2004, hacen mención expresa a lo que se entiende en el ordenamiento jurídico peruano como *reconversión*, y la definen como: *“... cambios estructurales o transformaciones sustanciales en los Contratos de Concesión, por ejemplo: cambios en el objeto del Contrato de concesión, cambio en las prestaciones principales a cargo de las partes y fusiones que afectan la ejecución del objeto del Contrato de Concesión”* (OSITRAN, 2004, pág. 6)

Para efectos del presente estudio, se entenderá que toda referencia a la renegociación de contratos APP, incluye cualquier tipo de alteración de los términos contractuales originales, no se distinguirá entre renegociación y reconversión, siempre que las razones se derive de circunstancias no previstas en las cláusulas contractuales como supuestos de renegociación.

2.2.3.5. Interpretación de contratos APP

La doctrina en general y nuestro ordenamiento civil entienden por contrato al acuerdo de voluntades destinadas a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales; en tal sentido observamos que la nota característica de todo contrato es el acuerdo de voluntades que no es otra cosa que los acuerdos comunes reconocibles de la voluntad de las partes, conforme lo refiere la segunda parte del artículo 1361° del Código Civil.

Al respecto nuestro Código Civil (CC), no tiene normas específicas para interpretar un contrato, salvo la norma del art. 1362° y para algunos la del art. 1401°; sin embargo, si regula la interpretación del acto jurídico y establece los criterios legales hermenéuticos de interpretación subjetiva contenidas en los artículos 168° y 1362° del Código Civil que contienen la regla de la interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes; asimismo, los artículo 168° y 1362° CC, contienen la regla de interpretación según la buena fe; el artículo 169° del CC admite la interpretación sistemática; y el Art. 170°, regula la regla de interpretación funcional; reglas de las cuales existe un orden de prelación en cuanto a su aplicación, que comentaremos más adelante. Lo importante en este punto es destacar que en nuestro ordenamiento civil existe una guía, un poco vaga, de cómo realizar la interpretación de un contrato, la misma que debe ser observada por el intérprete cuando realice su labor.

Establecer los alcances y significado de las estipulaciones de las cláusulas contractuales, con el objeto de determinar el contenido querido por las partes, es

decir; interpretar los contratos, es una actividad recurrente en toda relación contractual, sobre todo en virtud de la creciente protección que recibe en los distintos ordenamientos legales, la celebración de los mismos, situación que no es ajena a la interpretación de los Contratos APP. A pesar de ello, en muchos casos tanto el concedente como el concesionario, como partes de una APP no se ponen de acuerdo sobre el alcance y significado de las estipulaciones que establecieron las cláusulas del contrato, donde lo acordado se vuelve obligatorio para las partes en virtud de su propia voluntad.

Interpretar la voluntad de las partes, es, sin duda, una garantía del principio de conservación del contrato, así el negocio pactado surtirá los efectos que realmente previeron y desearon las partes al momento de su concertación.

El contrato APP, es un título habilitante que constituye jurídicamente en el privado, derechos, facultades; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular.

La suscripción de una APP tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad, por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado, el desarrollo de determinada actividad que tiene un carácter predominantemente público.

Se debe tener presente que si el Estado decide dar en concesión la realización de determinadas actividades a través del título habilitante que concede una APP, ello no comporta la anulación de su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.

La posibilidad de una renegociación, es decir de una modificación contractual por acuerdo de partes es una demostración de la aplicación del principio de la flexibilidad de todo contrato y es relevante en la ejecución y desarrollo de una APP por cuanto tiene sobre todo, una trascendente función en materia de interpretación de estos contratos y, en definitiva, tiende a la prevalencia del fin de interés público perseguido concretamente en cada caso antes que a una interpretación rígida de las cláusulas del contrato.

Finalmente, debe señalarse que de manera expresa solo el Órgano Regulador de Infraestructura de Transporte (OSITRAN), por su propia Ley de creación tiene la facultad de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, es decir los Contratos APP, no obstante debe acotarse que en los lineamientos para la Interpretación y Emisión de opinión del OSITRAN, se precisa que esta puede ser efectuada “de oficio “ y “a solicitud de una de las partes”, dicha facultad no se registra de igual manera en la aludida norma, y en todo caso, no debe realizarse de oficio, porque resultaría que a través de la decisión del regulador, podría introducir obligaciones a las partes que ellas no lo hubieran solicitado ni menos consentido, aspecto que debe corregirse.

2.3. Marco Legal de las Asociaciones Público Privadas

El desarrollo de las APP en nuestro país se ha realizado sobre un marco normativo compuesto por diversas normas de rango legal y reglamentario emitidas desde el año 1991, las cuales han sido modificadas en diversas oportunidades con el fin mejorar el entorno para la promoción de la inversión privada en infraestructura y servicios públicos.

Como parte de dicha legislación, en primer lugar, cabe destacar el Decreto Legislativo N° 758 (fue reglamentado mediante DS N° 189-92-EF de 13NOV91);

norma para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, publicada el 13 de noviembre de 1991, y modificada mediante Decreto Legislativo N° 839, publicado el 20 de agosto de 1996. Ambas normas, conformaron el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM (TUO de Concesiones), publicado el 27 de diciembre de 1996 (fue reglamentado mediante DS N° 189-92-EF de 13nov91) derogado con el Decreto Legislativo 1224 el año 2015. Esta última norma, además de declarar de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, estableció la promoción de la inversión privada en dichas obras y servicios con la modalidad de concesión.

Es importante mencionar al Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, publicado el 27 de febrero de 1991, que declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado (se reglamentó mediante DS N° 070-92-PCM). Dicha norma, si bien en un principio solo resultaba aplicable a las empresas del Estado, mediante Ley N° 26440, publicada el 21 de enero de 1995, se amplió su alcance a todos los organismos, proyectos especiales y otros proyectos que están bajo responsabilidad de órganos estatales, habilitando con ello a los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales a desarrollar Proyectos en Activos con participación de la inversión privada bajo los mecanismos previstos en dicha norma.

Asimismo, mediante la Ley N° 26885, Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, publicada el 04 de diciembre de 1997, se introdujeron nuevas reglas para la promoción de la inversión privada mediante concesiones, entre las que destaca la referida al derecho del concesionario para establecer una hipoteca sobre el derecho de concesión de las

obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado.

Otra norma a destacar es la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, publicada el 13 de agosto de 2003, que establece el marco normativo para la promoción de la inversión de manera descentralizada en los tres niveles de gobierno del Estado peruano como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región.

Posteriormente, mediante el Decreto de Urgencia N° 008-2005, publicado el 18 de marzo de 2005, se establecieron disposiciones para facilitar el financiamiento de las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, autorizándose a las entidades y organismos del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, a constituir fideicomisos con los recursos que aporten los concesionarios o que se originen de las concesiones ya otorgadas, que se destinen a la adquisición de bienes, contratación de servicios, constitución de garantías o a otros permitidos por Ley, y que resulten necesarios para el financiamiento, desarrollo y ejecución de los distintos proyectos de concesión. Así también, es de destacar el Decreto de Urgencia N° 011-2005, publicado el 22 de abril de 2005, a través del cual se dictaron reglas para facilitar el inicio de obras en las concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, referidas al otorgamiento de garantías en las concesiones.

Debemos destacar el Decreto Legislativo N° 1012, publicado el 13 de mayo del 2008, mediante el cual se aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, norma que estableció el marco legal que reguló las APP en el Perú. Durante su vigencia, dicha ley marco fue modificada en cuatro oportunidades mediante la Ley N° 29771, el Decreto Legislativo N° 1016, la Ley N° 30114 y la Ley N° 30167.

Asimismo, es preciso mencionar el Decreto Supremo N° 127-2014-EF, publicado el 31 de mayo del 2014, el cual aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, y que fue modificado por el Decreto Supremo N° 376-2014-EF.

El año 2015 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1224 Ley Marco de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, derogando el Decreto Legislativo 1012 norma que reguló las APP en el Perú desde el año 2008; con el propósito de acelerar los procesos a través del ordenamiento y simplificación de lo que ya existe y la generación de capacidades en todas las entidades involucradas.

Finalmente, en el marco de las facultades delegadas por el Congreso para que el Ejecutivo legisle en materia de reactivación económica y formalización, el Ejecutivo publicó el 30NOV16 el Decreto Legislativo 1251, que modifica 12 artículos del Decreto Legislativo N° 1224 Ley Marco de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Los cambios más importantes son en materia de funcionarios públicos, el rol de Proinversión, liberación de predios e iniciativas privadas. Pese a los cambios adoptados, se mantiene el rol preponderante del MEF. Según el artículo 16.1, los proyectos de APP deben tener la opinión favorable del MEF de manera previa al inicio del proceso de promoción del proyecto de APP, en el informe de evaluación.

Entre los cambios importantes sobre funcionarios públicos, establece los que los funcionarios no serán sancionados por la toma de decisiones, a menos que existan indicios razonables que actuaron con dolo o negligencia. Además, establece la discrecionalidad de los funcionarios para adoptar decisiones.

En cuanto al rol de Proinversión, establece el seguimiento y facilitación de los proyectos de inversión, autorizando la reorganización de Proinversión por un plazo de 240 días. En su artículo 37.5 establece el empoderamiento de todas las

entidades deben adoptar acuerdos y acciones para ejecutar decisiones de Proinversión, además, se incorporan 3 representantes del Sector Privado al Consejo Directivo de Proinversión, los otros 3 miembros son ministros. Lo preside el Consejo del MEF, pese a ello, señala que las adendas se presentan ante Proinversión, pero Proinversión no decide. Textualmente señala: *“En un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la solicitud de adenda, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local convoca a las entidades públicas que deben emitir opinión a la adenda propuesta, quienes asisten al proceso de evaluación conjunta, a la cual también puede ser convocado el inversionista”*, señala la norma.

En cuanto a liberación de predios, establece que Proinversión debe mapear las interferencias y liberación de predios, pudiendo requerir información a las entidades pertinentes. Además, señala que estas entidades son responsables de iniciar las acciones de liberación de predios antes de la adjudicación de los proyectos. La Disposición Complementaria Final Primera establece que los funcionarios de otras entidades están obligados a participar con Proinversión para encaminar la liberación de predios.

2.4. Marco Institucional de las Asociaciones Público Privadas

El ordenamiento legal vigente ha creado un Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada a fin de articular la política de inversiones que favorezca el crecimiento de la economía. Esta Institucionalidad que soporta la promoción, selección y ejecución de APP ha sido establecida por ley.

El Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada está conformada por el Ministerio de Economía y Finanzas, como ente rector, los Ministerios y organismos públicos del Gobierno Nacional, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (D. Leg. 1224, 2015).

Cuando las APP son impulsadas por el Gobierno Nacional el proceso de promoción se realiza a través de Proinversion o por los Comités de Inversión de los Ministerios en función a su relevancia nacional, mientras que si fueren impulsados por los Gobiernos Regionales y Locales, se tendrían que realizar a través del órgano promotor del Gobierno Regional o Local designado para tales efectos. Cuando los proyectos de inversión autosostenibles e incluso las iniciativas privadas que requieran de garantías financieras o no financieras de parte del Estado en función del dimensionamiento de la inversión, debe participar el Ministerio de Economía y Finanzas emitiendo su opinión y autorización correspondiente.

2.4.1. Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION

Es el órgano del Estado encargado de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada mediante la modalidad de Asociaciones Público Privadas y proyectos de activos bajo el ámbito de su competencia, unificando la toma de decisiones dentro del proceso.

Está facultado para la formulación de intervenciones y para reformular Proyectos de Inversión Pública que no se encuentren en etapa de ejecución, cuyo objeto sea la provisión de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos prioritarios, con la finalidad de desarrollar Asociaciones Público-Privadas (Ley 29951, 2013).

A su vez se señala que Proinversión es la entidad encargada de brindar asistencia técnica a las entidades públicas en el planeamiento, programación y formulación de proyectos de APP y Proyectos en Activos.

2.4.2. Ministerio de Economía y Finanzas

El Ministerio de Economía y Finanzas es el ente rector y máxima autoridad técnico normativa del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada. Tiene como función asegurar el cumplimiento de la política de promoción y desarrollo de las APP y Proyectos en Activos, con la participación de todas las entidades del Estado, en los distintos niveles de gobierno, en el marco de sus competencias (D. Leg. 1224, 2015).

El Ministerio de Economía y Finanzas participa en el diseño final del contrato y en la modificación del mismo, si es que lo hubiere. En el caso del diseño final de los Contratos APP, participa mediante la emisión de opinión favorable. Esta intervención también alcanza a las APP de competencia de los Gobiernos Locales y/o Regionales, quienes deberán acudir al MEF para obtener la opinión favorable desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal y de la capacidad presupuestal (D. Leg. 1224, 2015).

En las oportunidades de las modificaciones contractuales siempre que se altere el cofinanciamiento o garantías, se requerirá la opinión favorable del MEF.

2.4.3. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República (CGR), participa en materia de APP, en base a sus atribuciones como ente rector, referidas a la supervisión de la legalidad del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos sujetos a control.

Las atribuciones de fiscalización de la CGR en materia de APP, se enmarcan en lineamientos generales que tiene ésta como ente técnico rector, así como bajo las normas específicas para cada tipo de control, el cual puede ser de naturaleza preventiva, previa o posterior.

En el caso del control preventivo de la CGR, este tipo de control tiene la naturaleza de documento técnico que contiene la opinión acerca de la razonabilidad del sustento presentado para su consideración, no constituyendo, en sí mismo, una autorización o aprobación de las mismas, en el caso de las APP, los artículos 14.3 y 27.4 del Reglamento de la Ley Marco de APP, señala que el informe previo de la CGR versará sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, situación que en nuestra opinión merece un estudio más analítico que obviamos por no ser motivo del presente estudio (MEF, 2015)

El Informe Previo de la CGR respecto de la versión final del contrato APP, únicamente podrá referirse sobre aquellos aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado de conformidad con el inciso I) del Artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. (D. Leg. 1224, 2015)

En cuanto al ejercicio del control previo sobre la versión final de los contratos de APP, se deberá tener en consideración el Reglamento para la Emisión del Informe Previo, el mismo que posibilita el control previo de los procesos como el pago de presupuestos adicionales de obra pública, las adquisiciones y contrataciones de bienes y la opinión sobre fianzas y garantías otorgadas por el Estado sobre las operaciones de endeudamiento.

Y por el lado del control posterior, éste se aplica como regla a todas las operaciones y Entidades bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control. Es realizado a partir de un planeamiento cuidadoso, en el que se identifican las áreas críticas y procesos, que permiten plantearse objetivos de control.

2.4.4. Organismo Regulador

Los organismos reguladores tienen distintas responsabilidades en los procesos de APP, destacando entre ellas, la responsabilidad inicial en los proyectos APP de alcance nacional, participando en la opinión previa de la ejecución de los proyectos APP, a nivel de la versión final de los proyectos de Contrato, respecto a los aspectos de su respectiva competencia de acuerdo a lo establecido en sus respectivas leyes de creación y en sus marcos normativos, debiendo precisar que en los casos de iniciativas privadas cofinanciadas con tarifas de servicio público (D. Leg. 1224, 2015).

Los Organismos Reguladores igualmente tienen la responsabilidad de supervisar el desarrollo de los contratos APP, al amparo de la normatividad pertinente, siendo responsables de supervisar las actividades relacionadas con la ejecución de las Obras y equipamiento así como el cumplimiento de las obligaciones de las Partes en los contratos APP.

Resulta esencial la participación de los reguladores en los procesos de modificación contractual con el objeto de garantizar el cumplimiento de lo establecido en los respectivos contratos, así como del marco normativo que las rige. En algunos temas contractuales su opinión es vinculante y sus observaciones deben ser seguidas por las partes y en otros no vinculantes constituye una opinión orientadora a ser considerada por las Partes e incorpora por cierto los impactos en los usuarios de los servicios que generan las APP.

En ese sentido, debe destacarse entre las principales funciones de los organismos reguladores, las de: supervisión, regulación, normativa, fiscalización y sanción, resolución de controversias y de resolución de reclamos de los usuarios con respecto a los servicios públicos bajo su ámbito de competencia, ya sean estos públicos o privados, pero mayormente de responsabilidad del Gobierno

Nacional en tanto que algunos Reguladores tienen alcance en el ámbito urbano a nivel nacional.

2.4.5. Organismos Promotores de la Inversión Privada

En el caso del Gobierno Nacional, los Organismos Promotores de la Inversión Privada son la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversión para los proyectos que se le asignen en función a su relevancia nacional y los Ministerios a través del Comité de Inversiones. Tratándose de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, las facultades del Organismo Promotor de la Inversión Privada se ejercen en forma directa a través del Comité de Inversiones.

El órgano máximo de estos Organismos Promotores de la Inversión Privada es el Consejo Regional o Concejo Municipal (D. Leg. 1224, 2015).

Los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales pueden encargar el proceso de promoción a Proinversión, así como solicitarle asistencia técnica en cualquiera de las fases del proceso.

2.4.6. Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local

El Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local, titular del proyecto a desarrollarse mediante las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, ejerce las siguientes funciones (D. Leg. 1224, 2015):

- a. Planificar la cartera de proyectos de inversión regulados en el presente Decreto Legislativo.
- b. Identificar, priorizar y formular los proyectos a ser ejecutados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo, quien podrá efectuar encargos a Proinversión para la elaboración de los estudios respectivos.

- c. Elaborar el Informe de Evaluación, el cual puede ser encargado a Proinversión.
- d. Coordinar con el Organismo Promotor de la Inversión Privada para el desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada.
- e. Suscribir los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo.
- f. Gestionar y administrar los contratos derivados de las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo y cumplir las obligaciones contractuales a su cargo.
- g. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento del contrato, salvo que dicha función haya sido asignada o delegada al organismo regulador respectivo.
- h. Modificar los contratos conforme las condiciones que establezca el presente Decreto Legislativo y su Reglamento.
- i. Efectuar el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo bajo su competencia.
- j. Sustentar la capacidad presupuestal para asumir los compromisos de los contratos de Asociación Público Privada y sus modificaciones.
- k. Declarar la suspensión o caducidad del contrato cuando concurran las causales previstas en el respectivo contrato.
- l. Otras funciones conforme al marco legal vigente.

El Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local debe asignar sus funciones indicadas en el presente artículo vinculadas a la fase de ejecución contractual a un órgano dentro de su estructura organizacional o asignar dichas funciones al Comité de Inversiones.

2.4.7. Comité de Inversiones

El Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local que tenga proyectos o prevea desarrollar procesos de promoción de la inversión privada bajo las

modalidades reguladas en la presente norma, crea el Comité de Inversiones para desempeñarse como (D. Leg. 1224, 2015):

- a. Organismo Promotor de la Inversión Privada para los procesos de promoción bajo su competencia conforme lo establecido en el artículo 6. En este supuesto, el Viceministro, Consejo Regional y Concejo Municipal ejercen las funciones del Consejo Directivo de Proinversión; y,
- b. Órgano de coordinación con Proinversión en los procesos de promoción bajo competencia o encargados a éste último.

La designación de los miembros del Comité de Inversiones se efectúa mediante Resolución Ministerial, Resolución del Gobernador Regional o Resolución de Alcaldía, que debe ser publicada en el diario oficial “El Peruano” y comunicada al Registro Nacional de Contratos APP.

El Comité de Inversiones en calidad de órgano de coordinación tiene las siguientes funciones:

- a. Coordinar con los órganos de cada Ministerio, Gobierno Regional y Gobierno Local a fin de agilizar los trámites y procedimientos dentro del proceso de promoción respectivo en calidad de responsable de la entidad pública frente a Proinversión.
- b. Velar por la ejecución de las decisiones adoptadas por el Consejo Directivo y Comités Especiales de Proinversión, vinculadas a los procesos de promoción sin perjuicio de las funciones asignadas a los órganos dentro de cada entidad pública; y, entregar oportunamente la información solicitada por las entidades involucradas.
- c. Otras funciones asignadas mediante Reglamento.

El Comité de Inversiones es responsable por la elaboración oportuna del Informe Multianual de Inversiones en APP.

2.4.8. Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión

El Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión tiene como función el acompañamiento en todas las etapas de los proyectos de inversión que se desarrollen bajo el sistema. (D. Leg. 1251, 2016).

2.5. Marco Conceptual o Glosario.

2.5.1. El Estado

El Estado es la organización jurídico-política, de la sociedad concebida como Nación. Incluye su gobierno, sus instituciones públicas, sus leyes y las reglas de juego válidas para la vida social en general (Gestión Pública y Desarrollo, 2010, pág. 14).

2.5.2. Gobierno

Según la teoría, se define como Gobierno al organismo que, según reconoce la Constitución, asume las responsabilidades del poder ejecutivo y concentra el poder político para conducir a una determinada sociedad. Generalmente está integrado por un Presidente o Primer Ministro y una cierta cantidad de Ministros, Secretarios y otros funcionarios (Gestión Pública y Desarrollo, 2010).

El Gobierno, constituido por un conjunto de instituciones legítima y legalmente establecidas (precisamente por las elecciones), se organiza con el objeto primordial de realizar los fines del *Estado*. Si esto es cierto, habría de aceptar que todos los entes gubernamentales son públicos, esto es, pertenecen a la colectividad y realizan su función a favor de la misma. Dicho de otra manera, la “*función pública*” (estructurada en las tres ramas clásicas del *poder*: legislativa, judicial y ejecutiva, a las cuales es preciso administrar adecuadamente en torno a propósitos comunes), requiere de la disciplina administrativa pública para planear, organizar, dirigir y controlar la acción del *gobierno* en un territorio o en sus

parcialidades (municipios, entidades federativas y federación, según sea el caso). En términos generales se acepta que *“el gobierno es la organización que representa al Estado para el cumplimiento de sus objetivos y metas”* (CASTELAZO, 2007, pág. 26).

2.5.3. Política

La política es el proceso y actividad, orientada ideológicamente, de toma de decisión de un grupo para la consecución de unos objetivos. La ciencia política estudia dicha conducta. El término fue ampliamente utilizado a partir del siglo V antes de Cristo en Atenas, en especial gracias a la obra de Aristóteles titulada, precisamente, *Política*.

Las definiciones clásicas apuntan a definir la política como el *“ejercicio del poder”* en relación a un conflicto de intereses. Son famosas las definiciones fatalistas de Carl Schmitt de la política como juego o dialéctica amigo-enemigo que tiene en la guerra su máxima expresión; o de Maurice Duverger como lucha o combate de individuos y grupos para conquistar el poder que los vencedores usarían en su provecho.

Una perspectiva opuesta contempla la política en un sentido ético, como una disposición a obrar en una sociedad utilizando el poder público organizado para unos objetivos provechosos para el grupo. Así, las definiciones posteriores del término han diferenciado poder como forma de acuerdo y decisión colectiva, de fuerza como uso de medidas coercitivas o la amenaza de su uso.

2.5.4. Política Pública

Existen similitudes y diferencias entre los conceptos de política y política pública, es más, son conceptos relacionados, donde uno no puede existir sin el otro. El concepto de política se caracteriza por su complejidad y amplitud, donde el poder tiene un rol esencial en la construcción de la teoría; las políticas públicas, en

cambio, “*corresponden a soluciones específicas de cómo manejar estos asuntos públicos*” (RETAMOZO, 2016, pág. 99).

2.5.5. La Administración Pública.

La Administración Pública es la expresión institucional concreta del gobierno. Su fin es coadyuvar al logro de los objetivos de cada rama del poder público. Los poderes legislativos, las judicaturas y los órganos ejecutivos requieren del proceso administrativo (CASTELAZO, 2007, pág. 12).

2.5.6. Gestión pública

Es el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo. Por la amplitud de los temas que involucra es compleja y se encuentra sujeta a los intereses y juicios de los ciudadanos (ANDIA, 2009, pág. 28).

2.5.7. Servidor público

Para los efectos de la ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares (DS 005-90-PCM, 1990).

2.5.8. Funcionario Público

Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los

cargos políticos y de confianza son los determinados por ley (DS 005-90-PCM, 1990).

La Carrera Administrativa comprende a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública; con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado cualquiera que sea su forma jurídica, así como de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes en ningún caso les será de aplicación las normas del Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento.

2.5.9. *Servidor o Funcionario Público*

Es para los efectos de esta Ley, servidor o funcionario público es todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades (Ley N° 27785 L.O. de la CGR, 2002).

2.5.10. *Capacitación de los funcionarios y servidores públicos*

Es la ejecución de programas de capacitación y adiestramiento del servidor público, de conformidad con las normas, los reglamentos y los procedimientos técnicos establecidos en el sector público como un apoyo básico para el desarrollo eficiente de sus funciones, teniendo como sus principales objetivos: sistematizar los principios básicos que inspiran la propuesta acerca de la modernización del sistema de capacitación en el Sector Público, y; proponer pautas para revisar y optimizar la gestión de capacitación en las instituciones del Estado.

La finalidad del proceso de capacitación es: a) buscar la mejora del desempeño de los servidores civiles para brindar servicios de calidad a los ciudadanos; b) busca fortalecer y mejorar las capacidades de los servidores civiles para el buen desempeño, y c) es una estrategia fundamental para alcanzar el logro de objetivos institucionales (Ley N° 30057, 2013).

2.5.11. Contratos de Asociaciones Público Privadas

Es un tipo de contrato que en la legislación peruana, adopta la forma de una concesión, es decir, la de un contrato firmado entre el Estado y una empresa (que a su vez puede estar conformada por un consorcio de empresas) por el cual el Estado (gobierno nacional, regional, municipal) otorga la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo determinado. (PROINVERSION, 2005, pág. 55)

Una APP supone entonces la prestación directa del servicio público al usuario por parte de la empresa privada. Estos usuarios, por ejemplo, en el caso de una generadora de electricidad serán otras empresas, y en el caso de una carretera, los automovilistas, camioneros, etc. Estos usuarios deberán pagar una tarifa o peaje por el uso de este bien o por la prestación del mencionado servicio.

2.5.12. Marco Legal de Asociaciones Público Privadas

Es el contexto donde se incluyen todas las normas legales que incumben a un determinado sector, normas de carácter obligatorio y general dictadas por el Estado para regular conductas o establecer órganos necesarios para cumplir determinados fines.

El marco legal proporciona las bases sobre las cuales las instituciones construyen y determinan el alcance y naturaleza de la participación política. En el marco legal regularmente se encuentran en un buen número de leyes interrelacionadas entre sí. Su fundamento es la Constitución como suprema legislación, que se complementa con la legislación promulgada por el congreso donde se incluyen leyes, códigos y regulaciones, que incluyen códigos de conducta/ética, dados a conocer por distintas instancias reguladoras que guardan estrechos vínculos con la materia en cuestión.

El marco legal faculta a la autoridad correspondiente para que lleve a cabo las labores de administración de conformidad a la estructura detallada dentro de sus mismas provisiones, con relación a las APP.

2.5.13. Marco Institucional de Asociaciones Público Privadas

El marco institucional se construye sobre las bases depositadas en el marco legal. Se compone de un número de instituciones y organizaciones diferenciadas que dan forma a la estructura del sistema administrativo relacionado con las Asociaciones Publico Privadas.

Un marco institucional indica cuales son los roles y responsabilidades de las diferentes instituciones implicadas en el desarrollo de las APP, así como las líneas de autoridad, responsabilidad y coordinación, y su interacción y modos de compartir información.

2.5.14. Renegociación de Contratos de Asociaciones Público Privadas

Las renegociaciones son constituidas por las modificaciones efectuadas al contrato por acuerdo de las Partes. En concordancia con el marco contractual y a la ley, dichas modificaciones disponen de procedimientos y plazos, en todo caso las renegociaciones están limitadas a partir del 2008 a que no se realice hasta después de tres (03) años de la suscripción del contrato, salvo determinadas excepciones. Las modificaciones no deben alterar, la naturaleza del Contrato, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico y financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.

2.5.15. Razones de naturaleza política.

Conceptualizando el término causa, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE, 2014) como la razón o motivo que inclina a hacer algo, las razones de naturaleza política están referidas a los factores o

razones relacionados con las decisiones o disposiciones de los gobiernos de turno, quienes ejercen el poder político durante un período temporal.

2.5.16. Razones de naturaleza administrativa.

Son las causas o razones relacionadas con las capacidades de los órganos públicos del Estado, sea del gobierno central, gobierno regional o gobierno local; para desarrollar eficientemente su gestión en la administración pública.

2.5.17. Razones de naturaleza legal.

Son las causas o razones relacionadas con las normas del ordenamiento jurídico vigente, de carácter vinculante, que motivan su cumplimiento obligatorio. Son emitidas por el Estado para regular conductas o establecer órganos necesarios para cumplir determinados fines.

2.5.18. Razones de naturaleza cognitiva.

Son las causas o razones relacionadas con el nivel de capacitación y especialización de los servidores y funcionarios públicos encargados de las labores vinculadas a las contrataciones del Estado. Busca la mejora del desempeño de los funcionarios públicos para brindar servicios de calidad a los ciudadanos así como fortalecer y mejorar sus capacidades para un mejor desempeño

CAPITULO 3: METODOLOGIA

3.1. Tipo y Diseño de Investigación

3.1.1. Tipo de la investigación:

El tipo de estudio de una tesis viene a ser *“el esquema general o marco estratégico que le da a la unidad, coherencia, secuencia y sentido práctico a todas las actividades que se emprenden para buscar respuesta al problema y objetivos planteados”* (DE CANALES (1994, p.79), y en ese marco, la presente investigación se encuadró dentro del tipo correlacional porque determinó la relación existente entre las variables, determinó la naturaleza de las mismas, siendo estas políticas, administrativas, legales y/o cognitivas así como su relación con la renegociación de los contratos APP, en un momento dado y en un contexto particular. Este tipo de estudios tiene como propósito conocer la relación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto en particular.

La investigación es de enfoque mixto, que tiene una integración o combinación entre los enfoques cuantitativo y cualitativo. En lo cuantitativo porque el problema a investigar es concreto, la hipótesis se plantea previamente, la medición numérica de los datos cuantitativos, la prueba de la hipótesis, el procesamiento y análisis de los datos se fundamenta en procedimientos estadísticos descriptivos e inferencial; y en lo cualitativo se analiza a profundidad la información pertinente del marco teórico de la literatura especializada y la información obtenida de las entrevistas de expertos.

3.1.2. Diseño de la investigación:

El diseño del presente estudio es no experimental transeccional, por que no se manipularon variables y se recolectaron datos en un solo momento, en un tiempo único. Según el profesor HERNANDEZ (2006); el diseño *“es un plan o estrategia*

para obtener la información que se requiere en una investigación, con el propósito de responder a las preguntas de la investigación planteadas y cumplir con los objetivos del estudio" (pag. 158). Sobre la base de las consideraciones anteriores señala que *"el diseño se refiere al abordaje general que se utilizará en el proceso de investigación"* (p. 686). Se infiere que el diseño es la estrategia que adopta el investigador para responder al problema planteado, lo cual constituye la planificación elaborada por el investigador para obtener respuestas a las interrogantes de la investigación; asimismo, se describen los métodos, técnicas y procedimientos aplicados de modo que el lector tenga una visión clara de lo que se hizo, por qué se hizo, cuándo se hizo, y cómo se hizo; asimismo, qué, dónde, cómo, y cuándo se recolectará la información.

Con el planteamiento expuesto se respondió al ¿qué?, ¿dónde?, ¿cómo?, y ¿cuándo?, se recolectó la información para llevar a cabo la investigación; la misma que respondió a un diseño no experimental transeccional. Al respecto, Hernández y otros (ibíd.) afirman que *"un diseño es no experimental, cuando no se manipula la variable, y se observan los fenómenos tal como se dan en su contexto natural para después analizarlos"* (p. 205). De igual forma, los autores antes mencionados refieren que *"es transaccional (transversal) cuando se recopilan los datos en un momento único"* (p. 208).

3.2. Unidad de análisis

La Unidad de Análisis constituye el objeto de la investigación, siendo el centro de la misma y de ella se extrae la información requerida para el estudio respectivo, es decir el conjunto de individuos, objetos, entre otros, que siendo sometidos al estudio, poseen características comunes para propiciar los datos, que son susceptibles de los resultados alcanzados.

Previo a estas definiciones de la población, se requiere conceptualizar los que son unidades de análisis sujetos u objetos de ser estudiados y medidos, por

cuanto, no necesariamente los elementos de la población tienen que ser única y exclusivamente individuos (hombres, mujeres y niños); pueden ser instituciones, animales, objetos físicos, entre otros, en función de la delimitación del problema y de los objetivos de la investigación.

En el presente estudio se ha considerado como sujetos u objetos de estudio, a profesionales del derecho tanto del público externo y del público interno (de administración pública) que desempeñan labores vinculadas a la formulación y desarrollo de los contratos de APP, y expertos en el tema de la inversión privada.

3.3. Población de estudio

Este es sumamente importante porque ello determina o afecta al tamaño de la muestra que se va a seleccionar, además que la falta de recursos y tiempo también nos limita la extensión de la población que se vaya a investigar. Su cálculo se detalla más adelante.

Por cuanto, toda investigación o análisis que se lleve a cabo tiene que tratarse dentro de una población como conjunto total de las personas o elementos que se vaya a estudiar.

Para la presente investigación, el universo de población no está definido, no existe un padrón oficial que refiera con exactitud la población de estudio, por lo que se utilizara una población censal, obteniéndose información de todas las unidades disponibles en el contexto de la realidad de la investigación.

3.4. Tamaño de muestra

Se ha considera una población censal por las razones expuestas en el acápite anterior, obteniéndose una muestra de 135 profesionales del derecho que desempeñan labores vinculadas a la administración de contratos de APP.

3.5. Técnicas de recolección de Datos

Las técnicas que se utilizarán en la presente investigación serán las siguientes:

- Cuestionarios a desarrollar por la población definida en la muestra, a fin de para obtener información acerca de las razones o factores que influyen en la renegociación de los contratos APP.
- Análisis documental o de contenido de la información teórica y de la información estadística obtenida tanto de las fuentes oficiales válidas y confiables como de la literatura existente en libros y textos especializados, publicaciones de instituciones públicas y privadas, normas y demás fuentes de información relacionadas a la renegociación de los contratos APP.
- Entrevistas a profundidad a expertos y/o especialistas en contratos de APP.

3.6. Análisis e interpretación de la información.

El análisis de datos constituye un proceso que involucra la clasificación, la codificación, el procesamiento y la interpretación de la información obtenida durante la etapa de recolección de datos, con el fin de llegar a conclusiones específicas, dar respuesta a las preguntas de investigación y determinar si se han logrado los objetivos de la investigación.

El procesamiento estadístico involucró su organización directa en una configuración de descripciones e interpretaciones o la transformación a códigos numéricos para un tratamiento estadístico previo a la interpretación.

En primer lugar se efectuó el análisis cuantitativo de los datos obtenidos a través de las encuestas, que se procesaron e interpretaron mediante la aplicación de estadística descriptiva, determinando la distribución de frecuencias en cada una de las variables de estudio (análisis univariable), representado por un conjunto

de puntuaciones ordenadas en sus respectivas categorías. Para la prueba de hipótesis se utilizó la estadística inferencial a través del análisis no paramétrico del coeficiente de correlación de Pearson, que determinó la asociación o correlación de las variables y el nivel de las mismas, para determinar si es relevante para su uso en la interpretación de los resultados.

La información obtenida de la literatura especializada (análisis documental), como la información proporcionada por los expertos (entrevista), fue objeto de una evaluación cualitativa a profundidad, confrontándola con la evaluación cuantitativa.

Posteriormente, los datos cuantitativos son presentados en tablas y gráficos con sus respectivos análisis e interpretación relevante, así como los resultados cualitativos de la información obtenida de la literatura existente y de la información de los especialistas; presentando los resultados obtenidos en función de las hipótesis verificadas y los objetivos alcanzados en la presente investigación.

CAPITULO 4: CONTRASTACION DE LAS HIPOTESIS

4.1. Introducción

El análisis desarrollado en la presente investigación, se adecuó al modelo mixto, imperante en los últimos años; que constituye el mayor nivel de investigación que integra los enfoques cuantitativo y cualitativo, donde ambos se combinan durante el proceso de investigación, *“el enfoque cuantitativo se fundamenta en un esquema deductivo y lógico, busca formular preguntas de investigación e hipótesis para posteriormente probarlas, confía en la medición estandarizada y numérica, utiliza el análisis estadístico, (...), pretende generalizar los resultados de sus estudios mediante muestras representativas”*. (HERNANDEZ et. al., 2003, pág. 23)

El enfoque cualitativo, se refiere al *“abordaje”* general que habremos de utilizar en el proceso de investigación, HERNANDEZ (2006: 686) lo denomina *“marco interpretativo”*. El análisis cualitativo *“no mide numéricamente los fenómenos estudiados, ni tampoco tiene como finalidad generalizar los resultados de su investigación; no lleva a cabo análisis estadístico, su método de análisis es interpretativo, contextual. (...) Las entrevistas abiertas y la observación no estructurada son ejemplos asociados con el enfoque cualitativo*. (HERNANDEZ et.al., 2003, pág. 23).

Ambos enfoques llegan a mezclarse y a incluirse en un mismo estudio, lo cual, lejos de empobrecer la investigación, la enriquece, son visiones complementaria.

En esa línea, con el objeto de fortalecer la rigurosidad científica del presente estudio, los resultados son producto del procesamiento de la información recopilada y su interpretación, confrontando el análisis de enfoque cuantitativo (estadística descriptiva e inferencial) y el análisis desde un enfoque cualitativo, a

través del análisis a profundidad de la literatura especializada (análisis documental) y la información obtenida de los especialistas (entrevistas).

Con el propósito de verificar la problemática planteada, se contrastaron empíricamente las hipótesis planteadas a continuación, como explicación tentativa del problema investigado:

a) Hipótesis Principal:

(1) *“Las razones que se relacionan directamente con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas son de naturaleza política, administrativa, legal y cognitiva”.*

b) Hipótesis Específicas:

(1) *“Las decisiones políticas de los gobiernos de turno tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*

(2) *“Las deficiencias en el diseño contractual y la deficiente gestión pública tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”, que se desagregó en las siguientes hipótesis:*

a) *“Las deficiencias en el diseño contractual: falta de estudios sobre predios tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*

b) *“La deficiencia de Gestión Pública: limitadas capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*

c) *“La deficiencia de Gestión Pública: deficiente calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación*

(3) *“El inadecuado marco legal tiene relación directa con las renegociaciones en los Contratos APP”.*

(4) *“El bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*

Del enunciado de la proposiciones planteadas como hipótesis, se coligieron cinco (05) ideas centrales, cuatro (04) de ellas como factores o razones, y, una (01) idea central relacionada a dichos factores, que es el problema a investigar, referido a *“las renegociaciones de los contratos APP”*. De manera integral, en conjunto, todas las ideas centrales se consideraron como variables componentes de la estructura de la hipótesis principal y de modo individual, como componentes de cada una de las hipótesis específicas. En consecuencia, las variables a contrastar empíricamente, son:

- (1) Razones de naturaleza política.
- (2) Razones de naturaleza Administrativa.
- (3) Razones de naturaleza Legal.
- (4) Razones de naturaleza cognitiva.
- (5) Renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas.

Estas variables estructuran de la siguiente manera cada una de las hipótesis planteadas:

a) Para la Hipótesis Principal:

Variable X:

- a) *“Razones de de naturaleza política, administrativa, legal y cognitiva”.*

Variable Y:

- b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

b) Para las Hipótesis Específicas:

Hipótesis Especifica (1)

Variable X:

- a) *“Razones de naturaleza política: Disposiciones del gobierno de turno”*

Variable Y:

- b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Hipótesis Específica (2)

En este caso, la variable **“razones de naturaleza administrativa”** se operacionalizó con tres (03) indicadores, que dieron lugar a igual número de hipótesis específicas, así tenemos:

Hipótesis Específica (2)-1:

Variable X:

“Razones de naturaleza administrativa: Deficiencias en el diseño contractual:

- a) *“Falta de estudio de predios”*

Variable Y:

- b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Hipótesis Específica (2)-2:

Variable X:

“Razones de naturaleza administrativa: deficiente gestión pública:

- a) *“Limitada capacidad de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo”.*

Variable Y:

- a) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Hipótesis Específica (2)-3:

Variable X:

“Razones de naturaleza administrativa: la deficiente gestión pública:

- a) *“Deficiente gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación”.*

Variable Y:

- b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Hipótesis Específica (3)

Variable X:

a) *“Razones de naturaleza legal: Inadecuado marco legal”*

Variable Y:

b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Hipótesis Específica (4)

Variable X:

a) *“Razones de naturaleza cognitiva: Bajo nivel de Capacitación de funcionarios públicos”.*

Variable Y:

b) *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

Para efectos de la contrastación de las variables mencionadas, se recopiló la información pertinente en el contexto real, acudiendo a fuentes primarias, utilizando las herramientas que nos proporciona la metodología, encuesta de opinión dirigida a un público vinculado directamente a la gestión de contratos APP (profesionales del derecho), la revisión de la literatura especializada (teorías existentes), entrevistas a profundidad a especialistas y expertos; habiéndose obtenido los resultados empíricos, que nos han permitido elucubrar interpretaciones y conclusiones, que verifican empíricamente cada una de las hipótesis planteadas, conforme se detalla a continuación.

4.2. Contrastación de la Hipótesis Principal

En este caso, en primer lugar se contrasta empíricamente las variables independientes (análisis univariable), para verificar su nivel de incidencia e importancia en el contexto real de estudio, que comprende el análisis cuantitativo y el análisis cualitativo, y; posteriormente procedemos a verificar el nivel de la correlación existente entre las variables en cada hipótesis (prueba de hipótesis).

Hipótesis Principal

“Las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas son de naturaleza política, administrativa, legal y cognitiva”.

En su estructura se cuenta con las siguientes variables:

Variables X:

1. *Razones de naturaleza política.*
2. *Razones de naturaleza Administrativa.*
3. *Razones de naturaleza Legal.*
4. *Razones de naturaleza cognitiva.*

Variable Y:

1. *“Las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”.*

4.2.1. Análisis, interpretación y discusión (Variables Independientes)

Como metodología para el desarrollo del análisis, interpretación y discusión de resultados obtenidos, se consideró los siguientes aspectos:

- a) Evaluación de los resultados estadísticos de encuesta realizada (cuantitativo).
- b) Análisis de contenido de la información obtenida en la literatura especializada (Cualitativo).
- c) Evaluación de la información obtenida de las entrevistas a expertos (Cualitativo).

Finalmente se emite conclusiones sobre la base de la evaluación realizada.

4.2.1.1. Verificación empírica de la variable “Razones de naturaleza política”, operacionalizada con el indicador “Disposiciones del gobierno de turno”.

a) De la encuesta de opinión se obtuvo como resultado que una mayoría de los encuestados (73%) manifestó que respecto de las renegociaciones de los contratos APP, si existen o se presentan decisiones de naturaleza política y una

minoría (27%), respondió lo contrario, en el sentido que los gobiernos de turno no tienen injerencia en las renegociaciones de los contratos APP. (Ver gráfico N° 02)

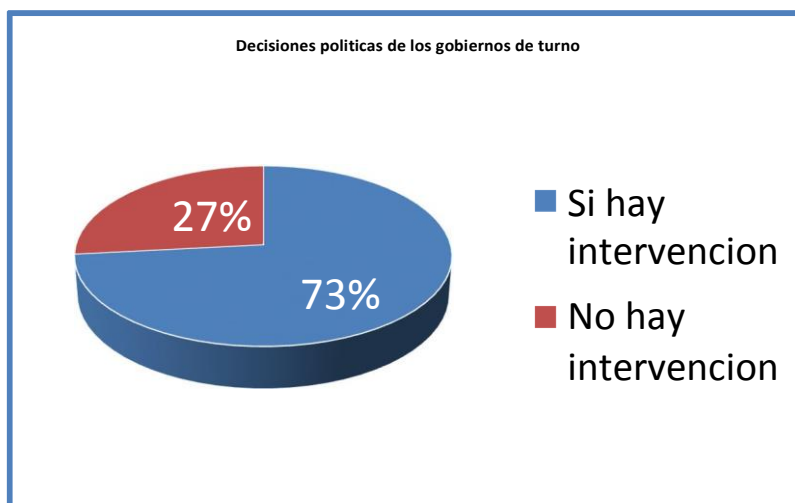


Gráfico 2: Porcentaje de incidencia de las decisiones políticas de los gobiernos de turno

Fuente: Elaboracion propia

b) De la revisión de la literatura especializada, se observó hechos que demuestran la tendencia de los políticos de turno para intervenir en la administración pública encargada del desarrollo y ejecución de proyectos de obras, que adoptan decisiones políticas que tienen como propósito satisfacer los reclamos las poblaciones ubicadas en zonas adyacentes al área de los proyectos.

Lo descrito, tiene su razón de ser en los reclamos de las poblaciones a los ofrecimientos electorales de campaña, contexto en el cual se hicieron promesas electorales para conseguir los votos que hagan posible su elección. El clima electoral influye indirectamente en las renegociaciones. Ya lo señaló GUASCH (2004), indicando que *“el otorgamiento de concesiones poco tiempo antes o después de un proceso electoral aumenta la incidencia de renegociaciones”*. Hace referencia a un estudio realizado en conjunto con Laffont y Straub sobre el impacto de las restricciones institucionales en los procesos de renegociación, concluyendo

que el “*clima electoral, en una situación que incide directamente en dicho fenómeno*”. (GUASCH, 2005: 101-103).

Un aspecto a resaltar en cuanto a las renegociaciones de los contratos APP, y que en muchos casos vincula la participación de la autoridades políticas resulta de los cambios periódicos de la administración después de las elecciones, con los nuevos funcionarios público, surgen problemas en la administración de los contratos de APP, en “(...) *la gestión de riesgos de los proyectos, no solo en el caso que los contratos de por sí tengan algún tipo de problema, sino por la posible aparición de factores exógenos como suele ocurrir cuando se contrata con el Estado. Por ejemplo, cuando hay cambio de autoridades regionales o locales o cuando es necesario que el proyecto cuente también con la denominada licencia social*”. (ESAN, 2016, pág. 9).

Otra de las formas de participación de las autoridades de turno en las renegociaciones de los Contratos de APP se presentan en la emisión de normas que emite el Ejecutivo, priorizando la ejecución de algunos de los proyectos de inversión privada, dentro de las cuales tenemos como ejemplo un Decreto de Urgencia, que consideró “*disposiciones extraordinarias*” en el contexto de la “*crisis financiera internacional*” de entonces, el mismo que se aplicó, por ejemplo, en los casos de la carretera IIRSA Centro y el Proyecto Especial Chavimochic, señalándose textualmente que “*que la viabilidad de los proyectos podía ser otorgada con estudios a nivel de prefactibilidad*”, es decir sin estudios definitivos, que dio lugar al diseño de un contrato deficiente e incompleto. (DU N° 047, 2008).

Otro hecho que demostró de forma fehaciente la participación política de las autoridades de turno, se produjo el año 2008 cuando se promulgó una norma, que declaró de necesidad pública y de interés nacional la construcción de la ferrovía transcontinental Brasil-Perú. “*Acá se estableció un régimen de especialidad y exclusividad, por el cual las disposiciones de la ley prevalecen sobre cualquier*

norma". (Ley 29207, 2008). Así también tenemos el caso de exoneraciones del SNIP a algunos proyectos, en el caso de la carretera Interoceánica.

c) La expresión de algunos especialistas que ha tenido participación directa en las renegociaciones de contratos APP, refieren que estas obedecen a una participación directa del gobierno, dejando entrever que existe un componente político. Para otros expertos, la negociación es bilateral entre el concedente y el concesionario, se centraba en aspectos técnicos y versaban entre otras circunstancias, sobre el adelanto de inversiones, de algunas inconsistencias del contrato APP, sobre mecanismos de ajustes tarifarios, sobre la extensión de plazos de la concesión por incumplimientos del concedente en la entrega de predios, por la liberación de interferencias, la obtención de certificaciones y licencias de entidades públicas. Además, señalan que en estas renegociaciones intervenía el organismo regulador y en algunas oportunidades el MEF cuando se afectaba situaciones económicas financieras.

En opinión de los expertos, existe consenso de que las renegociaciones surgen durante la ejecución de los contratos APP y se generan en el tiempo y de acuerdo a las necesidades de naturaleza técnica propias del proyecto, y que la participación política aparece también, en la ejecución del proyecto y surgen de necesidades de orden social, como resultado de la creación de núcleos poblacionales, por la migración de personas a zonas adyacentes de las áreas de concesión, creándose grupos humanos que a medida que se van incrementando, han generado necesidades de obras adicionales que no estaba previstas en los contratos originales, como pueden ser los puentes peatonales, vías de ingreso a las poblaciones, entre otros.

En estos casos, sucede que los pobladores de esos núcleos humanos se organizan y acuden a sus autoridades, para lograr que se construyan obras de necesidad social dentro de las áreas de concesión, canalizándose los pedidos a través de las instancias administrativas locales, para llegar a instancias superiores

de la administración pública, generando muchas veces, decisiones de carácter política en el sector respectivo, en respuesta a las presiones y ante el temor de que se generen conflictos sociales. Cuando se concretan estas peticiones, las autoridades emiten pedidos de informes y dan recomendaciones que vinculan a la administración de los contratos APP a realizar renegociaciones con el objeto de viabilizar la ejecución de los pedidos y de esta manera evitar conflictos. En estos casos, constatamos que la decisión política se presenta en el caso de las renegociaciones, pero no de manera directa, sino como resultado de gestiones administrativas de obras de necesidad social no previstas y que surgen en el tiempo.

La ocurrencia de decisiones políticas es permanente, por el interés de los actores políticos de la administración de tratar de satisfacer a sus electores con la provisión de servicios públicos de interés general, como son la luz, el agua, transporte, salud, y otros que han sido mayormente ofrecidos como promesas electorales; a través de obras de infraestructura, que no estuvieron previstas y originan obras adicionales, que finalmente se concretan como resultado de las renegociaciones de las partes.

Como ejemplo de decisiones políticas tenemos: el proceso de adjudicación de los contratos IIRSA, el gasoducto, Aeropuerto de Chinchero, el Metro de Lima, a nivel nacional, Chavimochic, Olmos a nivel regional; La Línea Amarilla, Rutas de Lima, a nivel de gobiernos locales.

4.2.1.2. Razones de naturaleza administrativa, para su medición que se operacionalizó con dos (03) indicadores:

(1) “Calidad del diseño contractual: Falta de estudios sobre los predios afectados”

a) De la encuesta de opinión, se pudo verificar que en cuanto a la calidad de diseño de los contratos APP, operacionalizado con el indicador *“falta de estudios sobre los predios afectados”*, se obtuvo como resultado que la mayoría de los encuestados (93%), se expresó en el sentido que los contratos APP tienen deficiencias de diseño contractual por falta de estudios sobre los predios comprometidos en áreas de las concesiones los proyectos, y una minoría (7%), respondió manifestando que los diseños actuales de los contratos APP si tienen estudios sobre dichos predios. En este aspecto, la opinión respecto a la deficiente calidad del diseño de los contratos de APP es contundente, casi total. (Ver gráfico N° 03)

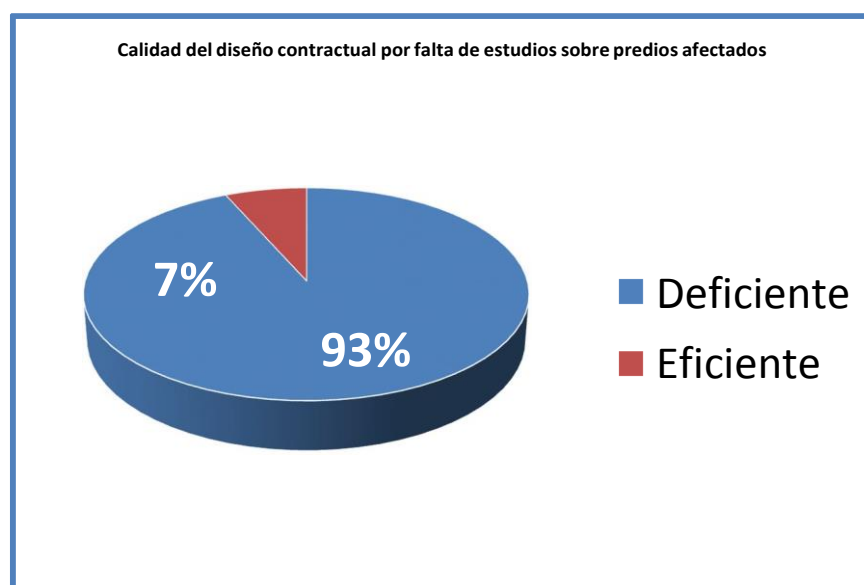


Gráfico 3: Calidad de diseño contractual: estudios de predios afectados

Fuente: Elaboración propia

b) De la revisión de la literatura especializada, se observó que en nuestro país existe consenso en la opinión de especialistas, en el sentido que hay deficiencias en el diseño de los contratos de APP, es una realidad, y *“es verdad que muchos proyectos de infraestructura se han lanzado aún crudos, con un mínimo de rigurosidad en los estudios de prefactibilidad”*. En tales circunstancias,

se hace prácticamente inevitable negociar adendas, para incluir lo que no se había previsto y precisar lo que no estaba precisado. (ALONSO, 2017, pág. 8)

Esta deficiencias de diseño en los contratos de APP evidencia el bajo nivel de capacitación de los funcionarios públicos responsables de su estructuración, los mismos que ingresan a la administración pública con el advenimiento de nuevas autoridades, en reemplazo de funcionarios públicos a los cuales no se les renueva sus contratos laborales, desaprovechándose de esta manera *“la experiencia acumulada, que puede servir para estandarizar y mejorar la preparación de los procesos y de los contratos, enfrentar la permisología, y acortar el tiempo que toma iniciar las obras tras la firma del contrato”* (PRIALE G. L., 2016, pág. 9).

En efecto, en la estructuración de los Contratos de APP no se han profundizado los estudios sobre los terrenos donde se desarrollan los proyectos, por eso *“sería fundamental haber completado las expropiaciones al momento de la firma del contrato de APP. Esto eliminaría la frecuente necesidad de adendas por expropiaciones que toman años, y reduciría considerablemente el tiempo que transcurre desde la firma del contrato hasta el inicio de obras”*. (AFIN, 2014, pág. 1)

Para mejorar el diseño de los contratos de APP, *“sería fundamental haber completado las expropiaciones al momento de la firma del contrato de APP. Esto eliminaría la frecuente necesidad de adendas por expropiaciones que toman años, y reduciría considerablemente el tiempo que transcurre desde la firma del contrato hasta el inicio de obras”*. (AFIN, 2014, pág. 1)

Coincidente opinión tiene el profesor GUASH, respecto a la deficiencia del diseño de los contratos, refiere que *“la alta incidencia de los procesos de renegociación de los contratos de APP tienen como origen la naturaleza incompleta de estos, y aquellos constituyen, por tanto, un mecanismo o herramienta idónea para superar los problemas resultantes de dicha imperfección”*. (2005, pag.96)

Para TIROLE, ante el carácter imprevisible de las contingencias, *“las partes deben tomar una decisión con respecto a la satisfacción de sus intereses: suscribir contratos que no incorporen explícitamente tales contingencias o no suscribir ninguno”*. (TIROLE, 1999, págs. 67 - 744)

Señala TIROLE:

No obstante, incluso en el supuesto de que las partes fuesen realmente capaces de prever todos los eventos que podrían sobrevenir, el número de estos resultaría tan elevado que su descripción y, por ende, la redacción del respectivo contrato terminaría siendo altamente costoso. Y aun cuando esto fuese posible, existe un tercer factor clave que se ha de considerar: los tribunales deben ser capaces de comprender el contrato perfectamente y al detalle, y, luego, de verificar lo acordado contractualmente respecto de las contingencias y las actuaciones de las partes, a efectos de hacer que se cumpla. Si los tribunales no logran entenderlo en su totalidad ni pueden efectuar la posterior verificación debido a la complejidad del texto, la ejecución del contrato en cuestión generará un costo excesivo. (1999, pág. 744)

La teoría existente, describe es muy difícil que un contrato de horizonte temporal de ejecución de larga data, con muchos años de vigencia, como son los contratos de APP. La experiencia nos dice que *“la eficacia de los contratos completos o de eficiente diseño, es limitada en razón de lo siguiente: primero, la imposibilidad de describir todas las contingencias posibles; segundo, el papel que desempeña la renegociación en los contratos, pues esta permite corregir errores”* (GUASH J. L., 2005, págs. 95-103)

El tema del saneamiento de los predios comprometidos en áreas de concesión, representa la mayor recurrencia en las renegociaciones los contratos APP. El problema lo constituye fundamentalmente la demora en la entrega de terrenos por parte del Estado (concedente), con lo cual se retrasa el inicio de las

obras por parte del concesionario. El diseño del contrato de APP, prevé establecer la obligación del concedente de entregar los bienes libres de cargas, gravámenes, ocupantes o cualquier tipo de afectación. Esta situación obliga a las partes a solucionar el retraso de inicio de las obras mediante la modificación de los plazos de entrega de los terrenos. Esta es una solución incluida en algunas adendas, y a la que muchas veces se debe recurrir para evitar mayores retrasos en el desarrollo de las obras.

De la evaluación de literatura especializada, se puede inferir que las causas de la demora en el saneamiento y entrega de terrenos por parte del concedente son recurrentes en su ejecución, y se origina generalmente en la determinación de plazos poco prudentes incorporados en el diseño contractual, que son asumidos por el concedente, para la entrega de los terrenos donde se desarrollaran los proyectos, obligaciones que *“(...) no tienen un sustento fáctico en estudios técnicos rigurosos que permitan establecer fechas seguras de entrega, ni mucho menos toman en cuenta el tiempo que tardan los trámites burocráticos e interinstitucionales que se deben realizar para expropiar los terrenos”*. (SUTO et. al. 2013, pág. 101)

Estudiosos de las APP, recomiendan la creación de contratos tipo, estandarizando cláusulas y procedimientos, señalando que en la medida que los programas de APP maduren y que los gobiernos adquieran mayor confianza en prácticas referidas de exposición a los riesgos y licitaciones, la necesidad de renegociar los contratos disminuirá. En opinión de ellos, *“la estandarización genera contrataciones más eficaces (incluido el mejor uso de asesores) y un portafolio de proyectos más amplia. (...), la estandarización es particularmente evidente en la adopción de plantillas de matrices de asignación de riesgos, contratos basados en un modelo estándar y documentación de respaldo, incluidas las proformas de especificaciones técnicas y las reglas de desempeño”*. (EY, 2016, pág. 19). La estandarización de algunas cláusulas recurrentes en las renegociaciones de las APP solucionaría anticipadamente aspectos recurrentes,

por lo que debería *“insertarse cláusulas tipo que permitan resolver rápidamente las causas frecuentes de adendas. Por ejemplo, mecanismos de valorización y pagos de la diferencia entre el monto de ejecución resultante de la ingeniería definitiva y el monto del presupuesto referencial contratado; para el pago de obras adicionales requeridas; y para el adelanto de obras cuando resulte necesario”*. (AFIN, 2014, pág. 1).

La deficiencia del diseño contractual, también se observa en la inclusión de los estudios de preinversión de los proyectos, por cuanto se efectúan licitaciones con estudios de factibilidad, en cuyo caso, para megaproyectos de infraestructura, se efectúan perforaciones, pero de manera general. Y en los estudios definitivos, el espectro de perforaciones es mayor. Por lo que resulta evidente que no se debería de permitir que se liciten proyectos que no cuenten con estudios definitivos. El caso más evidente es el de la Interoceánica Sur, que se licitó con estudios de preinversión a nivel de prefactibilidad, exonerándolo del SNIP, lo que posteriormente trajo como consecuencia varias renegociaciones que permitió la formulación de 22 adendas.

En el proceso de licitación de la inversión privada mediante el sistema de APP, se otorga la buena pro bajo dos tipos de procesos:

1. Licitación Pública Especial-**LPE**.- Procederá cuando el organismo concedente determine previamente la obra o servicio público a ejecutar y cuente con los estudios y proyectos requeridos.
2. Concurso de Proyectos Integrales-**CPI**.- Procederá cuando el organismo concedente no cuente con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas económicas, financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar, así como el proyecto respectivo.

Como se puede apreciar en los gráficos siguientes, cuando el Concedente (Estado) ha licitado proyectos de APP contado con los estudios, el 64% de los contratos adjudicados no han sido renegociados, y solamente el 28% ha sido renegociado (adendas). En extremo podemos afirmar que solamente el 36% han sido objeto de renegociaciones (28% mas 8%). (Ver gráfico N° 04)

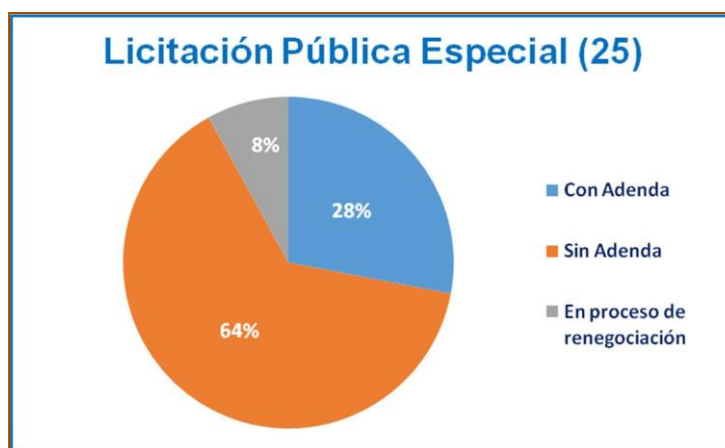


Gráfico 4: Porcentaje de Adendas en proyectos APP adjudicados por LPE

Fuente: Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

La situación descrita, difiere en las licitaciones con el método de Concurso de Proyectos Integrales, es decir cuando el privado y no el Estado; realiza los estudios definitivos de los proyectos, el 64% han sido objeto de renegociaciones, cifra que aumenta si consideramos los procesos de renegociaciones pendientes, que sería el 77% han sido objeto de renegociación. (Ver gráfico N° 05)

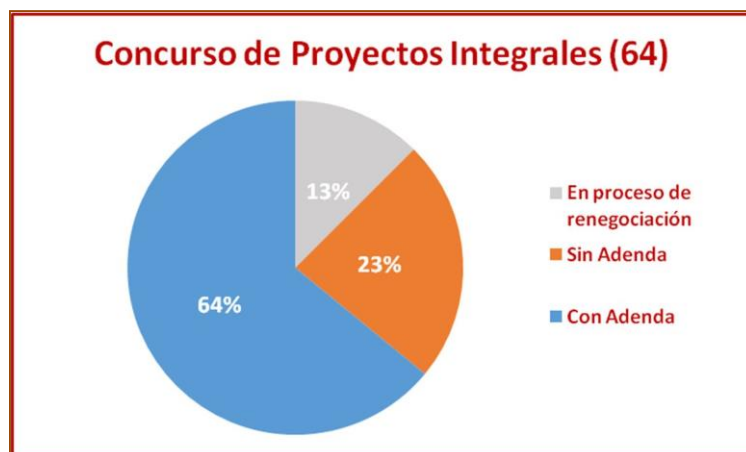


Grafico 5: Porcentaje de adendas en proyectos APP adjudicados por CPI

Fuente: Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Este resultado permite interpretar que en los contratos de APP, no es recomendable que los estudios definitivos estén a cargo de los concesionarios (privados), los debe realizar el Estado como concedente, que dispone de mayor tiempo para realizarlos. Esto tiene su explicación, durante los procesos de licitación se otorga a los inversionistas privados, generalmente, plazos muy cortos para la revisión y presentación de observaciones y/o comentarios a los estudios de ingeniería; en algunos casos de cuatro meses y otros de hasta un mes y medio. *En ninguno de los casos se establece la posibilidad y/o la obligación, de los inversionistas privados de realizar estudios en el terreno de las obras. Lo anteriormente mencionado resulta de gravitante importancia pues cabe destacar que la identidad entre las especificaciones del suelo que se encuentran plasmadas en el estudio de ingeniería del Concedente y aquél que verdaderamente se encuentra en campo es una de las variables más relevantes de cara a identificar si la solución técnica adoptada es adecuada*". (MENCHOLA, 2016, pág. 67)

Ante este contexto, en los casos en que el Estado adjudica proyectos de APP mediante Concurso de Proyectos Integrales, quien está en mejor condiciones de administrar los riesgos del diseño es el Estado (concedente), por haber realizado una exhaustiva evaluación de los terrenos, la hidráulica, las soluciones de ingeniería y otros. Por más experiencia y capacidad técnica que pueda tener un inversionista privado en la materia, es imposible que en unos pocos meses pueda

suplir lo que el Concedente ha tardado, en promedio de varios años (dos o tres) y, ello sin realizar ningún tipo de estudio de suelos, por lo que *“el Concedente debe ser el responsable por el riesgo de diseño, en aquellos casos en que entrega el Estudio Definitivo de Ingeniería, pues éste tiene mayor tiempo para realizar una evaluación concienzuda de los terrenos, la hidráulica, las soluciones de ingeniería y otros; por lo cual se encuentra en mejor capacidad de administrar dicho riesgo”*. (MENCHOLA, 2016, pág. 67)

Frente a esta situación, la mejor solución será que el Estado asuma, como corresponde, la responsabilidad por los estudios definitivos de ingeniería que le son entregados a los concesionarios, para evitar sobrevaloraciones en estudios definitivos realizados por los privados, pero para ello el Estado, debe realizar proyectos más elaborados y estudiados, debiendo contar con personal altamente capacitado.

c) De las entrevistas realizadas, el consenso de los profesionales especializados considera que en efecto, el deficiente diseño de los contratos, constituye una de las principales razones por las cuales se producen las renegociaciones de los mismos en su etapa de ejecución, porque en la medida que están mal estructurados, en el horizonte temporal de su desarrollo o ejecución, se tienen que adecuar a las circunstancias o necesidades de orden técnico que cada proyecto específico requiere en la búsqueda de otorgar un mejor servicio al usuario.

La deficiencia en el diseño contractual origina problemas de orden técnico que tienen que solucionarse para la continuidad delo proyecto, situación que debe contemplarse en modificaciones que tienen que efectuarse y es allí donde surgen las renegociaciones.

Otra de las condiciones que debe tener un contrato de APP son las precisiones sobre los niveles de servicios a prestar, los cuales son omitidos dificultando su supervisión en la etapa de ejecución por el órgano regulador.

Los concursos públicos de convocatorias para APP, se licitan con un nivel insuficiente de estudios de preinversión (factibilidad), que en la práctica son ajustados con el propósito de cumplir con el SNIP en cuanto a los valores de rentabilidad económica y social, los que una vez adjudicados tienen que presentar los estudios definitivos donde se presentan las inconsistencias, que no concuerdan con los montos de inversión proyectados, dando lugar a renegociaciones de los contratos ya en la etapa de ejecución de los mismos, para su adaptación a la realidad.

(2) “Eficacia de Gestión Pública: Capacidad de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo”.

a) De la encuesta de opinión, se verifica que las capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo durante la ejecución de los contratos APP son limitadas o carecen de ello, observando el siguiente gráfico, el resultado fue que gran parte de los encuestados (60%), expresó que la administración pública no cuenta o tiene limitadas capacidades para cumplir con las obligaciones a su cargo, frente a un sector minoritario de (40%), que respondió manifestando que la administración pública si reúne las capacidades para cumplir con sus obligaciones en el desarrollo de los contratos APP. Se verifica una opinión compartida entre el público entrevistado, pero con mayor incidencia en la limitada capacidad de la administración pública vinculada a los contratos de APP. (Ver gráfico N° 06)

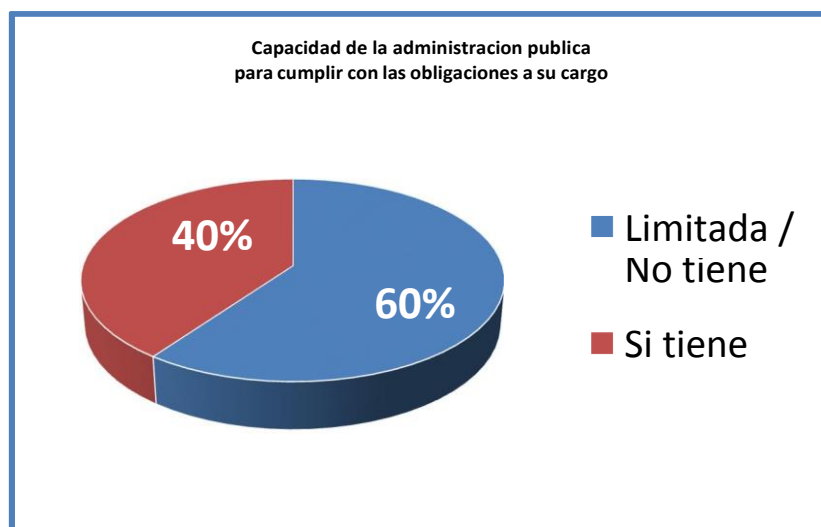


Gráfico 6: Capacidad de la Administración para cumplir con obligaciones a su cargo

Fuente: Elaboración propia

b) Del análisis documental de la literatura especializada, se observó que en efecto, en la administración pública, existen limitaciones para su actuación en la ejecución de los contratos de APP, por una serie de trabas administrativas que se presentan en los procedimientos a seguir por el concedente (El Estado), que impiden cumplir eficientemente con sus obligaciones contractuales frente al concesionario (privado), lo que ha ocasionado entre otras situaciones, demora en la entrega de terrenos por parte de aquel y el consiguiente retraso en el inicio de las obras por parte del concesionario.

Tenemos en el caso de los procesos de expropiación de terrenos donde se desarrollaran los proyectos, que no depende solo de la decisión del concedente, el mismo que está supeditado a decisiones de otras autoridades públicas o privadas, e inclusive a la emisión de resoluciones de arbitrajes (laudos). Previamente a este proceso, deben obtenerse los justiprecios o valores arancelarios de los terrenos por parte del Ministerio de Vivienda.

Los procedimientos de expropiaciones de predios se basaron hasta el año 2013 en la Ley 27117, Ley General de expropiaciones, y entre los temas

relevantes que regula esta norma, se encontraba la regulación como sujetos activos de la expropiación al ministerio competente, al gobierno regional o al gobierno local al cual pertenece la obra de infraestructura, según corresponda. La citada ley estableció las etapas para la expropiación de bienes inmuebles destinados a obras de infraestructura, estas son: i) trato directo, y, ii) proceso de expropiación por la vía arbitral o judicial, según corresponda.

Además, señalaba que el valor de tasación para adquirir inmuebles afectados para la ejecución de obras de infraestructura es fijado por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento – MVCS, tomando en cuenta lo siguiente: i) el valor comercial del predio y de las mejoras o cultivos permanentes existentes, de corresponder, y, ii) una indemnización por el perjuicio causado que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y el lucro cesante.

Con esta ley 27117, se iniciaron los procedimientos de expropiación en los casos comprendidos al período del presente estudio. Fue derogada por Ley N° 30025 de fecha 21 de mayo 2013, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura, que todavía no ha sido evaluada en cuanto a su pertinencia respecto a las renegociaciones de los contratos de APP.

Otros aspectos de gestión administrativa que evidencia las limitadas capacidades de la administración, resultan de la gestión para la liberación de interferencias de las áreas de concesión, en estos casos la administración se enfrenta a contratos suscritos por el Estado con entidades privadas (de fibra óptica telefonía, de comunicaciones, de luz eléctricas, de gasoductos etc.). También la obtención de permisos y licencias municipales. Asimismo, para el inicio de las obras se debe obtener los certificados de inexistencia de restos arqueológicos

(CIRAS), a través de un trámite ante el Ministerio de Cultura, que en caso de existir evidencias de restos arqueológicos, paraliza definitivamente la obra, obligando al cambio de diseño en cuanto al estudio de ingeniería, o la implementación de un monitoreo permanente a cargo de las autoridades del Ministerio de Cultura.

Todas estas circunstancias, ponen en evidencian las limitaciones de las capacidades que tiene la administración pública que representan al Estado peruano como concedente en los contratos de APP, situación que constituye un riesgo evidente para el cumplimiento de los plazos contractuales, en términos de la disponibilidad de los terrenos para la realización de la obra en los tiempos proyectados, que obligan a la renegociación de los contratos de APP.

Lo descrito, se agudiza en los gobiernos regionales y locales, con la promulgación de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, de fecha 7 de diciembre de 2011, *“Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”*, que estipula que siempre que se produzca una afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, estos tienen el derecho a ser consultados previamente sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Por la experiencia, la presión social de los pueblos indígenas, con apoyo de sectores políticos interesados, exigen negociaciones con presencia de autoridades del gobierno central.

Esta situación se favorece por la debilidad y dispersión del marco institucional del sistema APP existente en nuestro país, que es *“actualmente, uno de los problemas que existe para el Estado, que no tienen un sistema de planificación para las APP o una gran “PPP Unit” o unidad central dentro del Poder Ejecutivo que piense los proyectos de APP y centralice criterios para impulsar su desarrollo*

a nivel nacional, coordinando con las distintas instancias de gobierno nacional, regional y local interesadas en desarrollar tales proyectos”, (HUAPAYA, 2013, pág. 23)

a) De la información obtenida a través de las entrevistas a especialistas, se puede afirmar que la administración pública a nivel de gobierno central, cuenta con capacidades limitadas o casi nulas para cumplir con eficiencia las obligaciones asumidas en los contratos APP, y ello se refleja en mayor proporción a nivel de gobierno regional o local, donde se puede afirmar la ausencia de estas capacidades. El ejemplo se observa en la Municipalidad de Lima Metropolitana que no cuenta con un organismo regulador que supervise las obras de infraestructura vial (Vías nuevas y Rutas de Lima), a lo largo de la Vía de Evitamiento; esto ocurre en razón de los reguladores no tienen competencia para actuar en los gobiernos regionales y locales.

Otra situación expresada por consenso entre los especialistas, es lo explicado en párrafos precedentes y que se presenta en la mayoría de los contratos APP, es lo referido a la obligación del concedente de entregar los predios que ocupan las áreas de la concesión, pero que son de propiedad privada, o no están debidamente saneadas registralmente; predios que deben ser expropiados y entregados al privado para que ejecuten las obras, pero no se cumplen los plazos previstos, justamente por la falta de capacidad de la administración para cumplirlos, generando renegociaciones de plazos. Asimismo, existen otros trámites como la obtención de permisos y licencias municipales, ambientales, culturales (CIRAs), son tramites a realizar en sectores ajenos a las entidades comprometidas, con otras autoridades públicas o privadas, situación que subordina el tramite a los plazos de obtención otorgados por las respectivas administraciones, que en versión de los expertos la denominan “*permisología de los contratos de APP*” (AFIN, 2014, pág. 2).

Un tema importante surgido de la información obtenida de los especialistas en este tema relacionado a las capacidades de la administración pública para el cumplimiento de sus obligaciones, reveló la debilidad del marco institucional del sistema de APP, que se encuentra diseminado en la administración pública, que permite la actuación dispersa de la administración, en los distintos niveles de gobierno (central, regional y local).

(3) “Eficacia de Gestión Pública: “Calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación”.

a) De la encuesta de opinión, podemos observar en el grafico siguiente, que en cuanto a la calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación de los contratos APP se obtuvo como resultado que una mayoría de los encuestados (67%) se expresó refiriendo que la gestión de la actual administración públicas es deficiente y una minoría (33%), respondió lo contrario, manifestando que si es eficiente para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación de los contratos APP. (Ver gráfico N° 07)

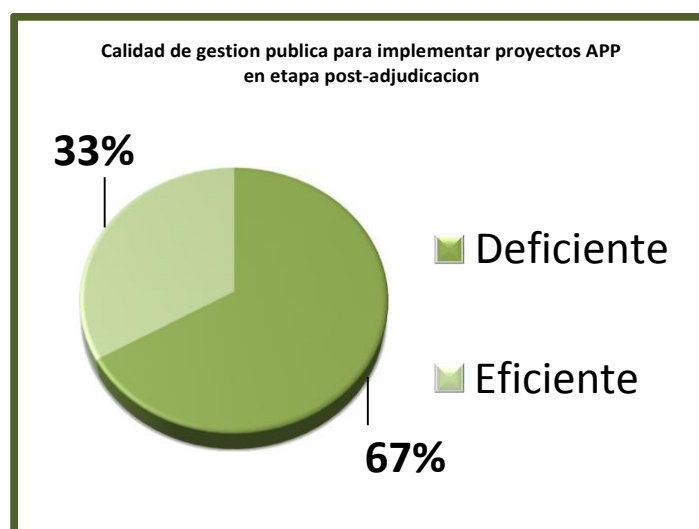


Grafico 7: Calidad de gestión pública para implementar proyectos APP post adjudicación

Fuente: Elaboración propia

b) En cuanto a la calidad de gestión pública, en la literatura especializada, se destaca la importancia de la estabilidad de los funcionarios públicos, señalando que *“una vez que los capacite debe tratar de mantenerlos o tratar de generar un proceso que permita alimentar el sector público de mayores capacidades, de enfrentar los desafíos institucionales, de ser una contraparte efectiva con el sector privado no solamente durante la preparación del proyecto si no también durante la vida del proyecto”*, entonces estamos preparando funcionarios para el largo plazo, jóvenes de formación multidisciplinaria, como son los abogados, ingenieros economistas y de otras profesiones que han asumido la responsabilidad de preparar proyectos de APP. (FLOR, 2016, pág. 6)

La capacidad de las Instituciones comprometidas en la etapa de ejecución de los contratos APP tiene relación con el nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración y las atribuciones de los órganos que representan, que en muchos casos están supeditados a decisiones de otra autoridades públicas o entidades privadas que tienen contrato con el Estado peruano. Por ejemplo en el tema ya explicado de las expropiaciones de los terrenos, que es un tema relevante. La obtención de la liberación de interferencias de las áreas de concesión, se enfrentan a contratos suscritos por el Estado peruano con entidades privadas (de fibra óptica de telefonía, de comunicaciones, de luz eléctrica de alumbrado público, de gasoductos etc.), así como de permisos y licencias municipales.

Las entidades tienen que obtener e saneamiento físico legal de los terrenos, que por la demora en su trámite dan lugar a incumplimientos del concedente de expropiar y entregar los predios libres de afectaciones e interferencias (gravámenes, servidumbres de servicios públicos) en los plazos contractuales. Producen retrasos en la ejecución del cronograma de obras y del programa de obras (obras adicionales, complementarias, etc.).

Esta falta de autonomía en la gestión de la entidad para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación (permisos, licencias, reubicación de redes de servicios públicos, saneamiento y expropiación, etc.), evidencia la falta o limitada capacidad del sector público, sobre todo en los gobiernos locales, regionales; para cumplir con las obligaciones a su cargo, dando lugar al planteamiento de renegociaciones generando sobre costos significativos.

Esta situación de incapacidad se agudiza con la falta de estudios sobre necesidad de efectuar Consulta Previa (OIT 169), existencia de yacimientos arqueológicos (certificación del Ministerio de Cultura) y la compatibilidad del proyecto con los estándares de protección ambiental (Ministerio del Ambiente).

La calidad de gestión pública para implementar los proyectos APP post adjudicación, se ve perjudicada también por la debilidad del marco institucional y las limitadas capacidades de las entidades públicas para cumplir con sus obligaciones como concedente, agudizándose ello por el bajo nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración.

Comprendiendo que la gestión pública viene a ser el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades del Estado tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, podemos concluir que en el contexto de las APP, que la gestión pública es deficiente.

a) Por versión de los especialistas (entrevistas), la actuación de la administración pública en la implementación de los proyectos APP en su etapa de ejecución es deficiente, no sola por la falta de capacidades sino por el bajo nivel de especialización de los funcionarios públicos comprometidos.

Recomiendan la contratación de profesionales calificados para la administración de los Contratos APP post adjudicación para mejorar la búsqueda de solución de las contingencias que se presenten.

4.2.1.3. Razones de naturaleza legal, se operacionalizó para su medición con el indicador “Inadecuado marco legal”

a) De la encuesta de opinión para verificar el marco legal vigente aplicable a los contratos APP se obtuvo como resultado que una mayoría de los encuestados (60%) manifestó que la actual legislación es inadecuada para el desarrollo de las APP y tienen relación con las renegociaciones de los mismo, frente a una minoría (40%), que respondió manifestando que el marco legal vigente si es adecuado para la ejecución de los contratos APP. (Ver gráfico N° 08)

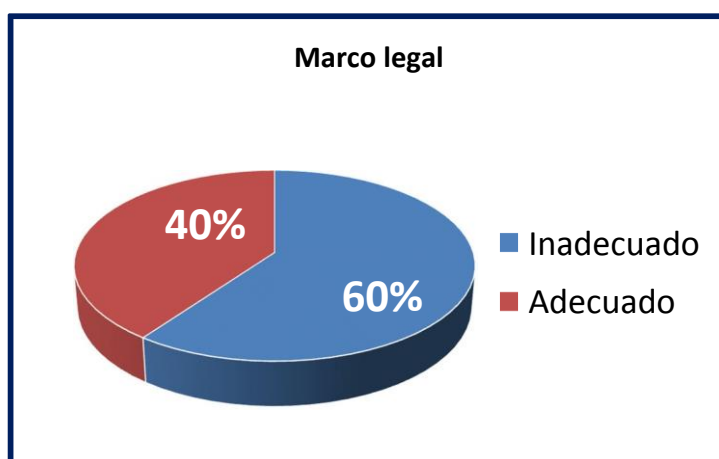


Gráfico 8: El Marco legal en las renegociaciones de las APP

Fuente: Elaboración propia

b) De análisis documental de la teoría especializada, se determinó que el marco legal es el contexto donde se incluyen todas las normas legales que incumben al sistema de APP, normas de carácter obligatorio y general dictadas por el Estado para regular conductas o establecer órganos necesarios para cumplir determinados fines, en este caso el fomento de la inversión privada a través del sistema de las APP. El marco legal lo discriminamos para efecto del estudio, considerando si el mismo es “*adecuado, apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo*”, en materia de renegociaciones de los contratos

de APP, para determinar si es “idóneo”, o si es “*inadecuado o inapropiado*” para el objeto de estudio. ((RAE), 2014)

En los contratos que suscribe el Estado peruano como en sus modificaciones producto de las renegociaciones de los mismos, el marco legal privilegia la atención del interés general o interés público, que “*es la razón de ser de la actividad estatal*”. (RETAMOSO, 2016, pág. 98)

En el mismo sentido DROMI señala que el Estado debe garantizar y salvaguardar el interés público a través de la renegociación, sea que haya sido solicitada por el concesionario o por el concedente, “*pues este es el motor, motivo y finalidad de la actividad administrativa contractual del Estado*”. (2000, pág. 14)

Consecuentemente, el principio del interés público es tanto el motor que da origen al proceso competitivo que se desarrolla para seleccionar al postor más eficiente, como también al mantenimiento y a la vigencia del contrato y, ergo, a su renegociación. Con ello no estamos diciendo que la rescisión o el rescate de los contratos de concesión no sean válidos; por el contrario, forman parte de las potestades exorbitantes que tiene el Estado en calidad de concedente; “*sin embargo, estas medidas serán válidas una vez que se hayan agotado las instancias de renegociación (...)*”. (DROMI, 2000, pág. 64)

Señala la teoría legal especializada que los contratos de APP tienen un diseño contractual de naturaleza forzosamente incompleta, no solo por el horizonte temporal de ejecución, sino también por la misma dinámica de la ejecución del contrato; en la cual, convergen, por un lado, el interés público expresado en la ejecución de la obra de infraestructura o servicios públicos a cargo del concesionario y, de otro lado, el interés de éste de obtener una rentabilidad adecuada en función de las inversiones que efectuará.

Al respecto, el profesor Argentino CASSAGNE (2005:120-121) comenta:

“(…) nada impide, en principio, que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades (...). En este sentido, la admisión de la posibilidad de una modificación contractual por acuerdo de partes implica el abandono del antiguo principio de la rigidez del contrato o de la rigidez del pliego de condiciones (...) para sustituirlo por el principio de la flexibilidad contractual.

Este principio cobra, sobre todo, una trascendente función en materia de interpretación de los contratos administrativos y, en definitiva, tiende a la prevalencia del fin de interés público perseguido concretamente en cada caso antes que a una interpretación rígida de las cláusulas del contrato o del pliego”.

Esta habilitación para realizar modificaciones contractuales si bien se funda en interés público, reconoce como límite natural el equilibrio entre las prestaciones pactadas entre concedente y concesionario.

De acuerdo con GASPAR ARIÑO

“Así, pues, y concluyendo en lo que a este punto se refiere, la regulación de un servicio público o de una actividad privatizada puede ser replanteada, pero respetando los derechos de tercero: el derecho a recuperar sus inversiones con un beneficio razonable, manteniendo el equilibrio de prestaciones y contraprestaciones inicialmente previsto. (...) Puede reformularse la ley (o el contrato), pero manteniendo el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes. El derecho civil nos enseña que los elementos esenciales de todo contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. Respetándose estos tres elementos, los textos por los que se gobiernan las relaciones entre los Estados y las empresas pueden cambiar; (...)”. (Subrayado nuestro) (2005, pág. 105)

Con respecto al marco institucional, desde el punto de vista legal, en el Perú existen organismos especialmente relevantes en los procesos de promoción de la inversión privada, tales como ProInversión, los sectores comprometidos según el nivel de gobierno, los Organismos reguladores, la Contraloría General de la Republica, el Ministerio de Economía y Finanzas; ello no excluye la intervención de otras entidades que tienen una participación trascendente en la estructuración de los proyectos de APP.

El proceso de renegociación de un contrato de APP comprende un análisis y fundamentación de las causas que la motivan, el impacto que generará en los términos originales y los actores que formarán parte de ella, que será evaluado en los informes y opiniones del concedente que representa al Estado peruano y del organismo regulador correspondiente, así como del MEF y de la CGR, según el caso. Cabe resaltar que las modificaciones contractuales deberán efectuarse teniendo en consideración las disposiciones previstas dentro del marco legal vigente en materia de APP desarrollado en nuestro país, así, tenemos la Ley de APP, con su respectivo reglamento, los cuales regulan el procedimiento, causales y parámetros para la renegociación de los contratos de concesión.

La Ley de APP y su Reglamento establecen que las modificaciones contractuales deben, en lo posible, respetar la naturaleza de la concesión, las condiciones técnicas y económicas, así como el equilibrio financiero para ambas partes, más un parámetro adicional o evaluación previa de dichas condiciones, con el fin de determinar si la adenda propuesta desvirtúa el objeto de la concesión o aumenta el 15% del costo total del proyecto. Ante este supuesto, se deberá evaluar si resulta conveniente la realización de un nuevo concurso o la suscripción de una adenda.

Toda renegociación de los contratos de APP presenta algunos límites reconocidos por la doctrina jurídica y la literatura especializada. En cuanto a la normativa actual, ésta prohíbe la suscripción de modificaciones contractuales durante los (03) primeros años de haberse suscrito el contrato de APP, salvo que se trate de: a) la corrección de errores materiales, b) los requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato, c) la precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato y d) el restablecimiento del equilibrio económico financiero de acuerdo con lo previsto en el contrato.

Para concretar las renegociaciones se requieren de opiniones previas, en la cual el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local, remite las modificaciones

contractuales con su debido sustento (informe de sustento de las modificaciones contractuales, estudios y/o evaluaciones que sustentan las modificaciones planteadas, entre otros documentos) a las siguientes entidades públicas:

- a) Opinión no vinculante del Organismo Regulador, en los proyecto bajo su competencia.
- b) Opinión vinculante del MEF, en caso las modificaciones i) alteren el cofinanciamiento, ii) alteren las garantías, iii) cambien los parámetros económicos y financieros del contrato, iv) puedan generar modificaciones al equilibrio económico financiero del contrato de APP o v) puedan generar contingencias fiscales al Estado. Basta que las modificaciones contractuales incidan sobre una de los 5 materias señaladas, para que la opinión del MEF sea necesaria y obligatoria; al respecto, es necesario tener en cuenta que la Ley de APP y Proyectos en Activos y su Reglamento disponen que cualquier acuerdo que adopten las partes (indistintamente a su denominación) y que contenga modificaciones al contrato de APP que incida sobre una de las 5 materias de competencia del MEF y que no cuenten con su opinión previa favorable, no surten efectos y son nulos de pleno derecho.

Es importante mencionar que, al igual que en el caso de la versión final del contrato de APP, la opinión del MEF en esta oportunidad evalúa todas las materias que son de su competencia de acuerdo a ley (D. Leg. N° 183, 1981), no limitándose a las 5 materias señaladas anteriormente, pues estos solo constituyen causales que lo habilitan a emitir opinión sobre las modificaciones contractuales.

La teoría legal especializada, señalan que respecto a las renegociaciones de los contratos APP, *“se destacan principalmente dos límites. Por un lado, respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto, lo que se conoce como «mutabilidad razonable», y, por el otro, el equilibrio económico-financiero”*. (DROMI, 2000, pág. 53). Ello sin perjuicio de que durante todo el desarrollo del proceso de renegociación se salvaguarde el interés público general. (SUTO et. al. 2013, pág. 43)

Dichos límites son reconocidos por la doctrina nacional e internacional y, a su vez, fueron recogidos por la legislación peruana en el artículo 9º del Reglamento de la derogada Ley Marco APP (D.Leg. 1012), y ratificado en la nueva Ley APP (D. Leg. 1224).

Se debe destacar que antes de la entrada en vigencia del numeral 9.2 del artículo 9º del Reglamento de la Ley de APP, se habían suscrito en total (39) adendas; después de su modificación normativa, se suscribieron (37), por lo que en este aspecto, la referida norma no alcanzó, su objetivo de restringir y/o reducir la suscripción de adendas. Ello se debió principalmente a que durante el periodo inicial de los contratos de concesión se realiza el cierre financiero, el diseño definitivo de los estudios, inicio de la construcción de obras (incluyendo el tema de las obras adicionales, complementarias y/o nuevas) y el cumplimiento de las inversiones comprometidas en algunos casos. Por eso compartimos lo señalado por SUTO, quien señaló que *“esto nos indica la necesidad de los operadores a efectos de flexibilizar el artículo para enmarcar mayores supuestos para la suscripción de adendas durante este plazo”*. (2013, pág. 80)

Para SUTO, esta limitación al trámite de las renegociaciones de los contratos APP *“es inapropiada, en tanto que restringe durante los primeros tres (03) años la suscripción de adendas, salvo supuestos excepcionales; por el contrario, la regulación normativa debe estar dirigida a establecer parámetros o condiciones mínimas para la suscripción de adendas”*. (2013, pág. 81)

Dentro de las normas consideradas inadecuadas y que se relaciona con las renegociaciones de los Contratos de APP, tenemos el Decreto de Urgencia 047-2008, dado el 18 de diciembre del 2008, que consideró “disposiciones extraordinarias” en el contexto de la *“crisis financiera internacional”* de entonces. El decreto se aplicó, por ejemplo, en los casos de la carretera IIRSA Centro y el Proyecto Especial Chavimochic, ejecutados por Odebrecht. *“Se estableció que la viabilidad de los proyectos podía ser otorgada con estudios a nivel de prefactibilidad”*. (CGR, 2015)

En el 2008 también se promulgó la Ley 29207, que declaró de necesidad pública y de interés nacional la construcción de la ferrovía transcontinental Brasil-Perú. *“Acá se estableció un régimen de especialidad y exclusividad, por el cual las disposiciones de la ley prevalecen sobre cualquier norma”*. (CGR, 2015).

Para GUASH, tácitamente el régimen legal del sistema APP en nuestro país es inadecuado, lo señala cuando expresa que *“el Perú, bajo la nueva ley de APP, ha mejorado el contexto del sistema, requiriendo ahora unos niveles mínimos de preparación y rigurosidad en los estudios de preinversión, y estableciendo filtros y mayor transparencia en la evaluación de las adendas”*. (GUASH, 2017:1)

Otra situación a tener presente, resulta el acatamiento a la Ley de Consulta Previa, siempre que se produzca una afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), estos tienen el derecho a ser consultados previamente sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. (Ley N° 29785, 2011)

De lo expuesto, podemos inferir que el marco legal vigente sobre las APP, admite la posibilidad de negociar adendas o modificaciones a los contratos de concesión, atendiendo a la necesidad de adaptarse constantemente a aquello que constituye interés público, a la realidad económica y al tiempo considerable que la relación contractual está destinada a durar.

De la revisión de la literatura especializada en materia legal, observamos que existen argumentos que justifican las renegociaciones de los contratos de APP, que resulta razonable admitir la modificación de los términos contractuales, considerando que dado el plazo de vigencia de estas relaciones, muchas veces se

requiere que éstas se adapten a la realidad económica o nuevas condiciones de mercado, no debiendo perder de vista el interés público para cual fueron suscritos.

c) En opinión de un sector de expertos (entrevistas), el marco legal de las APP es adecuado, resaltando inclusive que ha recibido reconocimientos internacionales tomando como modelo de las buenas practicas, garantiza y otorga seguridad jurídica, situación que es importante en la generación de confianza a los capitales privados requeridos para el desarrollo del país. Reconocen que toda norma es perfectible y que requiere de los ajuste necesarios para su adaptación a nuevas realidades.

El marco legal de las APP, es el mismo que generó esta modalidad a través de los años, solamente ha sido modificado con el criterio de incorporar mejoras sobre todo a reducir plazos, pero sustantivamente permanecen los principios y conceptos bajo los cuales fue creado el sistema (monopolio natural, valor por el dinero, servicios públicos, asignación de riesgos, niveles de servicios, entre otros).

Consideran que si debemos de contar con una buena legislación, que es la base para dar el marco legal adecuado a las APPs. Explicó que en resumen, la legislación vigente para APP's nos demuestra que aquella que se generó en los primeros años de poner en marcha este sistema, es la legislación que hasta ahora gobierna esta modalidad. Es decir, en ningún caso se han modificado los principios y conceptos bajo los cuales ha sido creado el sistema: Servicios Públicos, Monopolio Natural, Valor por Dinero, Asignación de Riesgos, Niveles de Servicio, entre otros. Por lo tanto, es una legislación que ha sufrido modificaciones, pero en ningún caso se han modificado sus principios y conceptos por los cuales ha sido creada. Solo se observan modificaciones en la capacidad de las instituciones, en algunos procedimientos y principalmente en los procesos que insumen plazos. Estiman, que la legislación para APP's en su esencia y los principios y conceptos por los cuales ha sido creada, es la adecuada para facilitar y fomentar la inversión privada.

Otro sector, se expresó que el marco legal es inadecuado, que está en permanente actualización, y que en el horizonte temporal ha habido decisiones políticas que se han materializado en la promulgación de normas que han generado situaciones que obligaban a las partes a renegociar el contrato.

Se cuestiona la actual legislación, que prescribe una centralización de trámites de APP en el MEF, que entre otras funciones, también emitirá opinión sobre todos las versiones finales de los contratos de **APP** y revisará los proyectos antes de que sean lanzados al mercado, incluso cuando se trate de iniciativas privadas y sean autofinanciadas. Esta situación creará más burocracia, y no ayuda al destrabe de los proyectos.

La Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) también cuestiona el rol del MEF, *“Concentrar todo el poder en el MEF es una traba mayor, que puede complicarse más a futuro porque centralizar las decisiones se podría prestar a manejos inadecuados. Debiera fortalecerse ProInversión, cuyo directorio componen varios ministros. Esa sería una institucionalidad mejor balanceada, más transparente”*, indicó Gonzalo Prialé, presidente de AFIN (Comercio, 2016, pág. 12).

Razones de naturaleza cognitiva, que se operacionalizó para su medición con el indicador “Nivel de Capacitación de funcionarios públicos”

a) De la encuesta de opinión para verificar el nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP se obtuvo como resultado que una mayoría de los encuestados (67%) manifestó que tienen un bajo nivel de capacitación, y en menor proporción (33%), respondió manifestando que el nivel de capacitación de los funcionarios públicos respecto a los contratos APP es alto. (Ver gráfico N° 09)

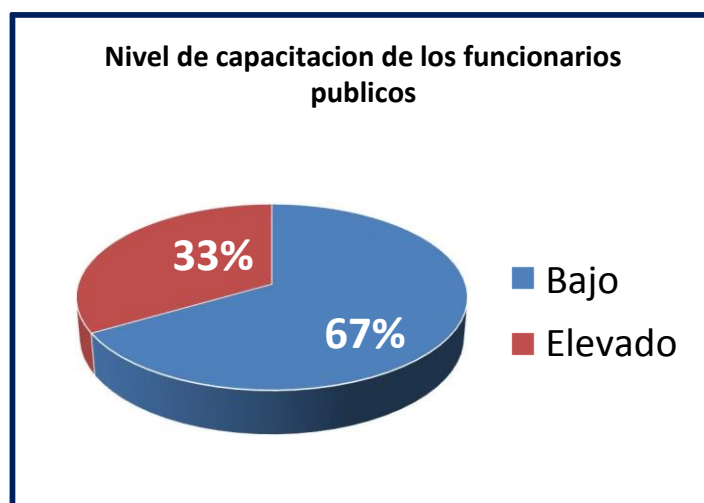


Gráfico 9: Nivel de capacitación de los funcionarios públicos

Fuente: Elaboración propia.

b) En la literatura especializada, existe poca información referida al nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP pero, existe coincidencia en texto de artículos especializados, de un reconocimiento tácito del bajo nivel de capacitación, por cuanto proponen la mejora de la gestión pública, recomendando elevar el nivel de capacitación de los funcionarios públicos, inclusive sugieren la contratación de especialistas nacionales e internacionales para asesorar los procesos de promoción y ejecución de los proyectos de APP, de modo especial en el diseño de los contratos, que privilegie la excelencia de los mismos.

El sistema de APP se implementó en nuestro país a partir de las últimas dos décadas del siglo pasado, y a juzgar por los acontecimientos producidos en su entorno, observamos que aún no se ha consolidado, debido entre otras circunstancias a la baja capacidad técnica y profesional de los funcionarios públicos comprometidos, es por esta razón que debemos considerar que *“lo más importante para un país es el desarrollo de capacidades institucionales, en este caso para procesar proyectos en APP, particularmente en el Perú hay una nueva generación de proyectos, tenemos que capacitar a los funcionarios para que tomen buenas decisiones en todos los aspectos y etapas del proyecto, esto*

significa desde la preparación, selección, proceso licitatorio, adjudicación y gestión del proyecto” (FLOR, 2016, pág. 1) .

Señala FLOR que *“los grandes problemas que hemos observado en muchos países es la falta de capacidades o esas capacidades se van perdiendo con el tiempo porque no se ha capitalizado el conocimiento”*, por ejemplo Colombia con una gran tradición en concesiones está nuevamente desarrollando capacidades porque gran parte de sus funcionarios especializados ya no se encuentra en el sector público y eso hace difícil el desarrollo de un país, un país con grandes necesidades de infraestructura no puede perder funcionarios ni dejar de capacitarlos; situación que viene ocurriendo en nuestro país, con el advenimiento de una nueva administración o cambio de gobierno, se produce una rotación de funcionarios, ingresando personal con cero experiencia en la administración de contratos APP, en desventaja con los privados. (2016, pág. 1)

Esta situación tiene relación con los procesos de seguidos en la promoción y ejecución de las APP, en los diversos sectores de gobierno, que conllevan a la estructuración de deficientes diseños de los contratos, que no prevén los riesgos a futuro, resultan incompletos, y que necesariamente están destinados a la renegociación durante el tiempo de su ejecución.

También recomienda la literatura especializada, la importancia de la estabilidad de los funcionarios públicos, señalando que *“una vez que los capacite debe tratar de mantenerlos o tratar de generar un proceso que permita alimentar el sector público de mayores capacidades, de enfrentar los desafíos institucionales, de ser una contraparte efectiva con el sector privado no solamente durante la preparación del proyecto si no también durante la vida del proyecto”*, entonces estamos preparando funcionarios para el largo plazo, jóvenes de formación multidisciplinaria, tenemos abogados, ingenieros economistas y de otras profesiones que han asumido la responsabilidad de preparar proyectos e ir y tomar decisiones. (FLOR, 2016, pág. 1)

La teoría especializada señala que la finalidad de la capacitación a los funcionarios públicos es mejorar su desempeño para brindar servicios de calidad a los ciudadanos, fortalecer y mejorar sus capacidades para el eficiente desempeño, y, es una estrategia fundamental para alcanzar el logro de objetivos institucionales. En ese sentido, consideramos importante que los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP deben ser capacitados para elevar su nivel cognitivo especializado.

c) La información obtenida de los especialistas (entrevistas), respecto a la opinión que tienen sobre el nivel de capacitación de los funcionarios públicos que laboran directamente con contratos de APP, expresan que es limitado y de bajo nivel en comparación de sus pares de las entidades privadas, con las cuales se han suscrito los contratos de APP; señalando que esto ocurre entre otros motivos, por desaprovechar la experiencia ganada por funcionarios públicos, bagaje de conocimiento adquirido en el tiempo, que se pierde cíclicamente con cada cambio en la administración por el ingreso del nuevo gobierno, que produce la salida y el ingreso de funcionarios, sin considerar la experiencia de aquellos que tienen relativa antigüedad, ya que los nuevos funcionarios empiezan de cero. Esto coloca a la administración pública en situación de desventaja cognitiva respecto de los privados, sobre todo cuando tienen que confrontar argumentos de interpretación contractual de las obligaciones establecidas en las cláusulas, que genera largas ruedas de negociaciones para consensuar la interpretación de las mismas.

Otro tema en la versión de los especialistas estriba en que los funcionarios públicos, administrativamente gestionan los proyectos APP como si se trataran de obra pública, sin profundizar las diferencias existentes. No hay una continuidad en el seguimiento de los proyectos APP, debido al cambio continuo de funcionarios con el ingreso de nuevas administraciones.

4.2.2. Análisis, interpretación y discusión (Variable Dependiente)

La variable dependiente “**Renegociación de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas**”, fue operacionalizada para su medición con (01) indicador:

- “*Nivel de Información estadística de renegociaciones de los Contratos APP*”

a) De la encuesta de opinión para verificar el nivel de información estadística de renegociaciones de los Contratos APP en nuestro país, se obtuvo como resultado que la mayoría de los encuestados (60%) manifestó el nivel de información estadística revela un elevado número de renegociaciones de los Contratos APP, y una minoría (40%), respondió manifestando que el nivel de Información estadística de renegociaciones de los Contratos APP revela que es bajo. (Ver gráfico N° 10)

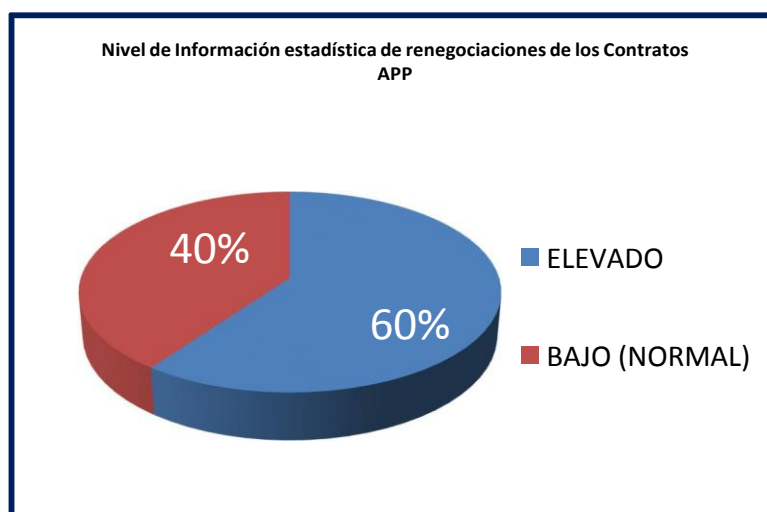


Gráfico 10: Nivel de información estadística de renegociaciones de contratos APP

Fuente: Elaboración propia

De otra parte, mediante Ley N° 30157 creó el Registro Nacional de Contratos APP, norma que fue recogida por el Decreto Legislativo 1224 que derogó dicha ley, y en su artículo 82°, estableció los plazos a los que están sujetos las Entidades Públicas y Comités de Inversión para remitir al Registro Nacional de Contratos de APP del Ministerio de Economía y Finanzas, la información relacionada a los contratos suscritos bajo esa modalidad, información que incluye las adendas suscritas como resultado de las renegociaciones respectivas.

En efecto, en cumplimiento a la norma, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) creó el Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público-Privadas (APP) que incluye los contratos suscritos y sus modificatorias como resultado de la renegociaciones, y al que se deberán reportar obligatoriamente todas las entidades sujetas a ese rubro de inversiones. (D.S.410-2015-EF Art. 82°, 2015)

Al mes de diciembre del 2016, en este Registro Nacional, se tiene disponibilidad de un total de (151) contratos APP, que representa el 86% de los (176) proyectos de APP y proyectos en activos identificados por la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del MEF (DGPPIP), en la página web de Proinversión, y páginas institucionales de los gobiernos regionales y de las municipalidades. Por otro lado, también registra (270) adendas que corresponden a (86) proyectos, distribuidas en los distintos niveles de gobierno conforme al cuadro siguiente: (Inf. N° 124-2016-MEF, 2016, págs. 3-4). (Ver Tabla N° 2)

Tabla 2: Lista de adendas a los contratos de APP a Dic-2016

NIVEL DE GOBIERNO	ENTIDAD PUBLICA	CANTIDAD	%
GOBIERNO CENTRAL	MINISTERIO DE SALUD	1	0.4%
	MININTERIO DE JUSTICIA	1	0.4%
	M.TRANSPORTES Y COMUNICAC	95	35.2%
	M.VIVIENDA CONST. SANEAM.	24	8.9%
	M. ENERGIA Y MINAS	14	5.2%
	ESSALUD	6	2.2%
GOBIERNOS REGIONALES	GR-LA LIBERTAD	1	0.4%
	GR-LAMBAYEQUE	9	3.3%
	GR-AREQUIPA	12	4.4%
GOBIERNOS LOCALES	MMLIMA METROPOLITANA	60	22.2%
	MP-HUANCAYO	6	2.2%
	MP-PIURA	19	7.0%
	MD-SAN ISIDRO	9	3.3%
	MD-J. MARIA	1	0.4%
	MD-STA.MARIA DEL MAR	5	1.9%
	MD-SAN BORJA	7	2.6%
TOTAL		270	100.00%

Fuente: Elaboracion propia (data MEF)

Dependiendo del nivel de gobierno, podemos apreciar en la siguiente tabla N° 3 que en el gobierno central se han suscrito el 52% del total del número de adendas, y entre los gobiernos regionales y locales suman el 48%. Esto demuestra que un más de la mitad de las renegociaciones de los contratos de APP se registran en el nivel de gobierno central, que en teoría tiene al personal más preparado y capacitado para la administración de esta modalidad contractual.

Tabla 3: Adendas a contratos APP a nivel de gobierno a Dic-2016

NIVEL DE GOBIERNO	CANTIDAD	%
GOBIERNO CENTRAL	141	52%
GOBIERNOS REGIONALES	22	8%
GOBIERNOS LOCALES	107	40%
TOTAL	270	100%

Fuente: Elaboracion propia (data MEF)

A nivel de gobiernos locales, la Municipalidad de Lima Metropolitana concentra el 56.1% de numero de adendas, como resultado de las renegociaciones de los Contratos APP, cifra bastante elevada en comparación al resto de gobiernos locales, seguido de la MP-Piura con un 17.8% (Ver Tabla N° 4)

Tabla 4: Adendas a contratos APP a nivel de gobiernos locales a Dic-2016

NIVEL DE GOBIERNO LOCAL	CANTIDAD	%
M.P. LIMA METROPOLITANA	60	56.1%
MP-HUANCAYO	6	5.6%
MP-PIURA	19	17.8%
MD-SAN ISIDRO	9	8.4%
MD-J. MARIA	1	0.9%
MD-STA.MARIA DEL MAR	5	4.7%
MD-SAN BORJA	7	6.5%
TOTAL	107	100%

Fuente: Elaboracion propia (data MEF)

El periodo de implementación de los contratos APP en nuestro país, desde las última década del siglo pasado a la fecha, abarcó cuatro (04) gobiernos, (desde el año 1995 hasta el año 2015), se ha obtenido data estadística hasta el año 2013, respecto de la evolución creciente de las renegociaciones de los contratos APP, verificándose su crecimiento elevado, durante el gobierno de A. Fujimori hubieron (08) renegociaciones que representan el 7%, durante el gobierno de A. Toledo hubieron (27) renegociaciones que representan el 22%, durante el gobierno de A. García hubieron (63) renegociaciones que representan el 52%, y durante un poco más de la mitad del período del gobierno de O. Humala hubieron (23)

renegociaciones que representaban el 19%, a falta de casi dos (02) años de que termine su gobierno. (Ver Tabla N° 5)

Tabla 5: Resumen de renegociaciones a 2013 - Gobiernos de turno

GOBIERNOS	Numero de Adendas	%
A. FUJIMORI (1995-2000)	8	7%
A. TOLEDO (2001-2005)	27	22%
A. GARCIA (2006-2011)	63	52%
O. HUMALA (2011-2015)	23	19%
TOTAL	121	100%

Fuente: Elaboracion propia (Data MEF)

En el siguiente gráfico N° 11, se puede apreciar la línea creciente que observaron las renegociaciones durante los últimos cuatro gobiernos.

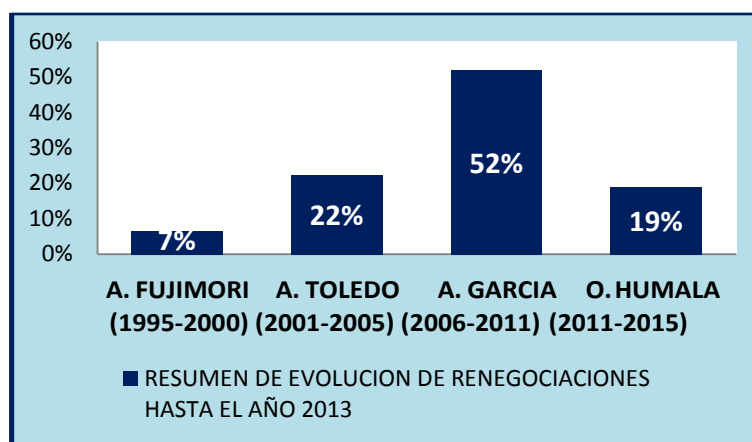


Gráfico 11: Resumen de renegociaciones- Gobiernos a 2013

Fuente: Elaboracion propia (Data MEF)

b) En la literatura especializada, observamos que aunque el contrato de APP, a partir de su suscripción, se convierte en ley para las partes, estas pueden - expresando válidamente su voluntad y de común acuerdo- modificar los términos de aquel.

El elemento más importante del contrato de APP), es el objeto contractual, pues este se destina a la satisfacción del interés público. *“Dicho elemento se toma en cuenta durante la elaboración del contrato, a través del desarrollo de un proceso de promoción de la inversión privada —que implica una relación de continua interacción entre el organismo promotor y los postores—, así como durante el periodo de ejecución contractual”.* (SUTO et. al, 2013, pág. 33)

En razón de dicha naturaleza, se considera a los contratos de concesión (léase APP), como contratos públicos de tercera generación o contratos de transformación o sustitución, pues implican el reemplazo de la tarea pública del Estado por un sujeto privado, el concesionario. (SUTO et. al, 2013, pág. 33)

Por sus implicancias en el bienestar general de la sociedad, en el caso de los contratos de concesión, las modificaciones que se hacen en ellos presentan algunas limitaciones normativas y/o contractuales en lo que se refiere tanto a las causales como a su procedimiento. *“Sin embargo, luego de examinar los datos sobre los procesos de renegociación de los contratos de concesión presentados en la parte introductoria de este trabajo, llama la atención la incidencia, tanto en la cantidad de adendas como respecto de los plazos entre la fecha de firma de los contratos y la suscripción de adendas”.* (SUTO et. al., 2013, pág. 35)

Solo en Latinoamérica, la mayoría de concesiones otorgadas desde 1980 al 2000 fueron renegociadas dentro de un lapso promedio de 2.2 años desde su adjudicación; sin perjuicio de ello, el sector transportes presenta un tiempo promedio mayor de 3.1 años, frente al 1.6 en lo que corresponde a agua y saneamiento. En el 61% de los casos, las renegociaciones fueron solicitadas por el concesionario y en el 26%, por el Estado. Estas se producen con menor frecuencia en sectores más competitivos, como por ejemplo, telecomunicaciones. (GUASH J. L., 2005, págs. 30-36) .

Existen diversos pronunciamientos de especialistas, autoridades que refieren que las renegociaciones de los contratos de APP han sido excesivas. En agosto del año 2016, el ex contralor general Fuad Khoury al presentar el estudio *“Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público Privadas en el Perú”*, donde se *“analizaron 10 contratos de concesión (léase APP), (...) suscritos entre 1991 y 2013, estuvieron afectos a la firma de (39) adendas, esto es, un promedio de cuatro (4) adendas por contrato, lo que evidencia que existe una alta incidencia de contratos que requirieron renegociar las condiciones* iniciales, a causa de factores identificados en la ejecución de los proyectos. (CGR, 2015, pág. 155)

Un sector empresarial considera que las adendas no son renegociaciones a los contratos, sino medios que sirven para perfeccionarlos en su ejecución frente a la realidad, *“las adendas en los contratos de Asociaciones Público Privadas (APP) son instrumentos mediante los cuales, se puede adecuar dichos documentos a la realidad el proyecto en el momento justo de su ejecución”*. (AFIN, 2014, pág. 2)

Esta parte del sector empresarial, señala que las adendas sirven para llenar los vacíos de un contrato incompleto, indican que *“cuando el concedente y el concesionario firman un contrato de este tipo es imposible prever todas las contingencias que se pueden presentar durante los 20 ó 30 años de vigencia del mismo. Por ello se considera que el contrato de APP es un documento incompleto que puede ser corregido y perfeccionado sobre la marcha”*. (AFIN, 2014)

En este mismo sentido, GUASH señala que *“estamos ante un contrato incompleto cuando se inicia un proceso de renegociación debido a que ocurren eventos que no han sido inicialmente previstos y que, por ende, resultan extraordinarios a su desarrollo contractual”*. (GUASH J. L., 2005, págs. 95-103)

En los contratos de concesión, además de su naturaleza de contratos incompletos, existen factores especiales que inciden de manera directa en la mayor o menor probabilidad de iniciar un proceso de renegociación. En dicha

línea, resultan relevantes las observaciones sobre la naturaleza incompleta de los contratos (...) que hace DROMI y cuya opinión citamos a continuación:

Evidentemente, al contratar era posible prever que determinadas circunstancias podrían llegar a producirse. En este sentido, muchas de las disposiciones contractuales, en un esfuerzo de prospectiva, pretendieron anticiparse a los acontecimientos, de ahí la minuciosidad de estos contratos. (...)

Pero, la realidad ha demostrado nuevamente ser capaz de superar cualquier previsión, que por los demás no podría anticipar la forma o magnitud de las contingencias, ante el dinamismo de un proceso de cambio estructural. (2000, págs. 60)

Estos contratos (...) *“se hallan sujetos por su dinamismo a causas exógenas: políticas, económicas y sociales, y la realidad nos demuestra que están sufriendo o debatiéndose, por la transformación de las condiciones oportunamente pactadas, frente a la imposibilidad de su cumplimiento en la forma en la que fueron convenidos”* (DROMI, 2000, p. 61)

Para el jurista DROMI, las contingencias que generan la renegociación de los contratos de concesión pueden ser agrupadas, por un lado, en aquellas circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas por las partes al momento de perfeccionar el contrato y, por el otro, en aquellas acerca de las cuales, aun siendo previstas en aquel, el desarrollo de los acontecimientos demostró la insuficiencia de su previsión contractual. (DROMI, 2000, pág. 67)

La incidencia de las adendas en el Perú (y en otros países) es abrumadora. En el Perú, cerca del 80% de las APP se han renegociado, y no una, sino varias veces. El sector transporte (y carreteras en particular) ha sido el más impactado. Prácticamente todas las APP en ese sector se han renegociado. De un total de 31 APP en transporte, se han realizado 104 adendas. De las 15 APP en carreteras, se han otorgado 61 adendas. Sobresale la IIRSA Sur (...), para la cual se han

firmado 22 adendas. El impacto fiscal por proyecto que han generado las adendas es de aproximadamente US\$30 millones en promedio. (GUASH, 2017: 1)

c) Los especialistas entrevistados en la presente investigación, si bien justifican las renegociaciones de los Contratos APP, por cuanto *“es imposible que se logre prever en el momento del diseño contractual, todas las contingencias o eventos que se puedan presentar su vigencia, que pueden ser de (30) hasta (60) años de duración”*. (PRIALE). Argumentan que las renegociaciones que son generadas por situación que se presentan como las demoras en expropiaciones, permisos ambientales y municipales, certificados de restos arqueológicos, entré otras, como también ocurren adendas cuando hay cambios en los plazos, en las condiciones del servicio, en la renovación del plazo de la concesión, en el equilibrio financiero del proyecto, entre otras. (2017, pág. 1)

Existe consenso entre los especialistas en cuanto a la existencia y justificación de las renegociaciones, por cuanto *“los contratos de APP tienen plazos de 20 o 30 años. Es inconcebible que en ese lapso no ocurran situaciones imprevistas que hagan necesaria o conveniente una renegociación. Y no es extraño que se den en los primeros años, la etapa de construcción, que es generalmente la más compleja del contrato”*. (ALONSO, 2017, pág. 1)

Asimismo, manifiestan que el número de las adendas es desproporcional al número de contrato de APPs suscritos por el Estado peruano, considerando que son elevados y con tendencia creciente, debido a las deficiencias del diseño en los mismos. Lo real, estiman que las renegociaciones son una herramienta necesaria para perfeccionar los contratos de APP, porque permiten que el contrato original mantenga su eficiencia y el incentivo para su cumplimiento. Si las partes no tuvieran la posibilidad firmar adendas muy posiblemente el contrato se resolvería, lo cual conlleva a otros riesgos como el pago de penalidades.

Por lo expuesto, la información contenida en la teoría existente sobre los contratos de APP, no demuestran que la realidad supera a cualquier tipo de

previsión contractual; por lo tanto, este tipo de contratos tiende a incluir procesos de renegociación durante el periodo de ejecución contractual, no solo por su naturaleza incompleta o de deficiencia de diseño, sino también por los factores que inciden de forma directa en la ejecución de los mismos.

4.2.3. Resultados de la Contrastación de la Hipótesis Principal

La **hipótesis principal** planteada: *“Las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas son de naturaleza política, administrativa, legal y cognitiva”*, se ha verificado totalmente en la contrastación con la realidad, por cuanto los indicadores determinados, en su análisis descriptivo para cada una de las variables demostró una alta frecuencia estadística. Asimismo, en la contrastación se ha comprobado empíricamente que existe un elevado nivel estadístico de renegociaciones de los contratos APP suscritos por el Estado peruano.

De la contrastación empírica de las hipótesis específicas, se verificó que los (04) aspectos planteados como razones relacionadas directamente a las renegociaciones de los contratos APP (razones de naturaleza política, razones de naturaleza administrativa, razones de naturaleza legal y razones de naturaleza cognitiva), han sido verificados en su totalidad en la contrastación con la realidad.

En este contexto, cuantitativamente la presente investigación ha verificado la hipótesis principal, los índices de correlación obtenidos en la prueba de hipótesis, representan una correlación positiva entre las variables componentes de la hipótesis, llamada también relación directa, significa que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante.

En el análisis cualitativo, de la evaluación de la literatura especializada, así como de la información obtenida de las entrevistas a especialistas, también se verifica la relación directa entre las variables de cada una de las razones

planteadas en la hipótesis principal. Donde se obtuvo mayor argumentación para considerar como causa generadora de las renegociaciones de los contratos APP fue en lo referente al diseño de los contratos, por eso se critica esta situación de deficiencia en la estructuración de los contratos que requieren de un mayor proceso de elaboración, con estudios técnicos más elaborados y una adecuada distribución de los riesgos, aprovechando la experiencia adquirida.

4.3. Contrastación de las Hipótesis Específicas

4.3.1. Hipótesis Específica (1)

“Las decisiones políticas de los gobiernos de turno tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.

El resultado del proceso estadístico de la prueba de hipótesis (coeficiente de correlación) fue: (Ver Tabla N° 06)

Tabla 6: Prueba de hipótesis específica (1) Decisiones políticas de gobiernos de turno

Interpretación de resultado		Coef. de correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	
Si $-1 < r > 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	+ 0.43
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboración propia

Estadísticamente se obtuvo como resultado un coeficiente de correlación de (+ 0.43), que verifica en la realidad la existencia de una relación directa entre las decisiones políticas de los gobiernos de turno y las renegociaciones de los contratos APP, con lo cual se verifica la hipótesis. El índice obtenido representa una correlación o dependencia media entre las dos variables, llamada relación directa (positiva), se interpreta que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante. (A mayor X, mayor Y', o "a menor X, menor Y', de

manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante). En consecuencia se verifica la hipótesis.

Esto tiene su correlato en el análisis cualitativo de la información obtenida de la literatura especializada y a través de las entrevistas de expertos, cuyas informaciones obtenidas permiten interpretar que de acuerdo a la experiencia de la ejecución de los contratos de APPs en nuestro país, se evidencia la participación de las autoridades políticas, a través de sus decisiones que inducen a las administraciones, a las renegociaciones de los contratos de APP, inclusive resaltan los casos de las obras de infraestructura de las IIRSAs, Gasoducto, Chincheros a nivel de gobierno central, Chavimochic, Olmos a nivel de gobierno regional, y Vía Parque Rímac (Ex Línea Amarilla) y Rutas de Lima a nivel de gobierno local.

En este caso, se comprueba empíricamente la hipótesis (1).

4.3.2. Hipótesis Específica (2)

“Las deficiencias en el diseño contractual y la deficiente gestión pública tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”:

El proceso estadístico de la prueba de esta hipótesis específica, se realizó por cada uno de los tres (03) indicadores planteados:

- 1) “Las deficiencias en el diseño contractual: falta de estudios sobre predios tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.
- 2) “La deficiencia de gestión Pública: limitadas capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.

- 3) “La **deficiencia de gestión Pública**: la deficiente calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación.

Así tenemos tres (03) hipótesis planteadas para verificar esta variable:

1. “La deficiencia en el diseño contractual por falta de estudios sobre los predios afectados, tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”

Tabla 7: Prueba de hipótesis específica (2) La falta de estudios de predios

Interpretación de resultado		Coef. de correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	+ 0.87
Si $-1 < r < 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboración propia

Estadísticamente se obtuvo como resultado un coeficiente de correlación de (+ 0.87), que verifica en la realidad la existencia de una relación directa entre la deficiencia en el diseño contractual por falta de estudios de predios y las renegociaciones de los contratos APP, con lo cual se verifica la hipótesis. El índice obtenido representa una correlación directa (positiva) de magnitud considerable entre las dos variables, llamada relación directa. Se interpreta que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante, (A mayor X, mayor Y', o "a menor X, menor Y', de manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante). En consecuencia se verifica la hipótesis. (Ver Tabla N° 07)

2. “Las limitadas capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo, tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”

Tabla 8: Prueba de hipótesis específica (2) a: limitadas capacidades de la administración

Interpretación de resultado		Coef. de correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	+ 0.44
Si $-1 < r > 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboracion propia

El coeficiente de correlación obtenido es de (+ 0.44), que representa una correlación positiva media entre las dos variables, llamada relación directa, existe dependencia entre ellas, cuando una aumenta la otra aumenta en proporción constante. Se interpreta que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante. (A mayor X, mayor Y', o "a menor X, menor Y", de manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante). (Ver Tabla N° 08)

Se comprueba la hipótesis en la realidad.

3. “La deficiente gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”

Tabla 9: Prueba de hipótesis específica (2) b: Deficiente gestión pública post ejecución

Interpretación de resultado		Coef. de correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	+ 0.29
Si $-1 < r > 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboracion propia

El coeficiente de correlación obtenido es de (+ 0.29), que representa una correlación positiva media entre las dos variables, llamada relación directa, verifica que las variables no son independientes, existe relación entre ellas. Significa que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante. (A mayor X, mayor Y', o "a menor X, menor Y', de manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante). (Ver Tabla N° 09)

En consecuencia se verifica la hipótesis.

En todos los casos se obtuvieron coeficientes de correlación positivos, que comprueba la relación directa entre ellas, que existe dependencia entre las variables “diseño contractual y la gestión pública con las renegociaciones de los contratos APP”, verificándose que tanto, la *“Limitada capacidad de la Administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo”*, como la *“deficiente gestión pública para implementar proyectos APP post ejecución”* tienen relación directa con las renegociaciones de contratos APP.

La evaluación cualitativa de la información teórica de la literatura especializada como de las informaciones proporcionadas por los especialistas entrevistados, también nos permitió colegir que el deficiente diseño de los contratos APP es uno de los factores de mayor presencia en las renegociaciones de los contratos APP.

Se verifica empíricamente la hipótesis (2)

4.3.3. Hipótesis Específica (3)

“Inadecuado marco legal tiene relación directa con las renegociaciones en los Contratos APP”.

El resultado del proceso estadístico de la prueba de hipótesis (coeficiente de correlación) fue: (Ver Tabla N° 10)

Tabla 10: Prueba de hipótesis específica (3): Inadecuado marco legal

Interpretación Resultado		Coef. de Correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	
Si $-1 < r < 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	+ 0.31
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboración propia

Estadísticamente se obtuvo como resultado un coeficiente de correlación de (+ 0.31), que significa que hay dependencia entre las variables, pero con una relación directa positiva, con lo cual no se prueba esta hipótesis, por lo que cuantitativamente podemos decir que si existe relación directa entre el marco legal y las renegociaciones de los contratos APP. Significa que cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante. (A mayor X, mayor Y', o "a menor X, menor Y', de manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante).

Entre los expertos existen opiniones divididas, por cuanto unos afirman que el marco legal de APP en nuestro país es el adecuado, y resultan que los operadores no lo aplican adecuadamente, mientras que otros opinan que el marco legal requiere de algunas modificaciones para fortalecer el sistema de APP, que asegure la viabilidad de los proyectos y mitigue las renegociaciones, proponiendo centralización en el plano institucional, llegando inclusive a la propuesta de incorporar cláusulas tipo o estandarizadas en los contratos APP que obliguen a rápidos procedimientos de solución de las contingencias que se presenten en su ejecución.

También se verifica empíricamente la hipótesis (3).

4.3.4. Hipótesis Específica (4)

“El bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.

El resultado del proceso estadístico de la prueba de hipótesis (coeficiente de correlación) fue: (Ver Tabla N° 11)

Tabla 11: Prueba de hipótesis específica (4): Bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos

Interpretación de resultado		Coef. de Correlación
$r = -1$	correlación inversa perfecta	
Si $-1 < r < 0$ (cero)	correlación inversa	
$r = 0$	no hay relación	
Si 0 (cero) $< r < +1$	correlación directa	+ 0.58
$r = +1$	correlación directa perfecta	

Fuente: Elaboración propia

Estadísticamente se obtuvo como resultado un coeficiente de correlación de (+ 0.58), que verifica en la realidad la existencia de una relación directa entre el bajo nivel de capacitación de los funcionarios públicos y las renegociaciones de los contratos APP, con lo cual se verifica la hipótesis. El índice obtenido representa una correlación positiva considerable entre las dos variables, llamada relación directa, cuando una de ellas aumenta la otra aumenta en proporción constante.

En el plano cualitativo, existe un consenso entre los especialistas en cuanto a la ausencia, limitada o bajo nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos APP, y ello debido a los cambios de administración que surgen con los cambios de gobierno que se dan cada (05) años a nivel de gobierno central y (04) años a nivel de gobierno regional o local, situación que produce la salida persona que ha adquirido cierta experiencia y el ingreso de personal nuevo que empiezan con desventaja comparado con los privados, donde no sucede tal cosa.

Se comprueba empíricamente la hipótesis (4)

4.3.5. Resultados de la Contrastación de las Hipótesis Específicas

Se ha verificado empíricamente cada una de las la hipótesis específica, planteadas:

En la hipótesis específica (1), se propuso que: *“Las decisiones políticas de los gobiernos de turno tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*

En la hipótesis específica (2), al contemplar tres variables, que se operacionalizaron con igual número de indicadores, se propusieron tres (03) hipótesis:

- a) *“Las deficiencias en el diseño contractual: falta de estudios sobre predios tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*
- b) *“La deficiencia de Gestión Pública: limitadas capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.*
- c) *“La deficiencia de Gestión Pública: deficiente calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación*

Se verificó que tanto las deficiencias en el diseño contractual y la deficiente gestión pública tienen relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”:

En la hipótesis específica (3), se propuso: “El inadecuado marco legal tiene relación directa con las renegociaciones en los Contratos APP”.

En la hipótesis específica (4), se propuso: “El bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP”.

En la prueba de hipótesis se comprobó en todos los caso la existencia de una relación directa, que demostró dependencia entre las variables “X” y la variable

“Y”, unas con mayor intensidad que otras, pero en general se comprobó la correlación entre ellas. La correlación se interpreta: (A mayor X, mayor Y' o "a menor X, menor Y', de manera proporcional. (Cada vez que X aumenta, Y aumenta siempre una cantidad constante). El signo indica la dirección de la correlación (positiva o negativa); y el valor numérico, la magnitud de la correlación. (HERNANDEZ, 2006, págs. 532-533)

4.4. Presentación de resultados

4.4.1. Introducción

Los resultados obtenidos en una investigación se demuestran con el logro los objetivos planteados en el estudio, teniendo en consideración *“los objetivos de una investigación fijan los aspectos del problema que deben ser estudiados o los resultados que se pretende obtener”*. (RAMIREZ, 2010, pág. 196)

En el primer capítulo de la presente investigación, se plantearon (01) objetivo general y (04) objetivos específicos. *“El objetivo general expresa el propósito global y la solución al problema que debe alcanzar toda investigación y refleja la esencia del planteamiento general del problema y la idea expresada en el título del proyecto de investigación”*, y fue en efecto, el gran propósito a alcanzar en la presente investigación. (RAMIREZ, 2010, pág. 197)

4.4.2. El objetivo general

En la presente investigación se planteó como propósito general: *“Determinar las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas”*, el mismo que se ha llegado a alcanzar, verificándose empíricamente en el contexto real, por un lado, en una encuesta de opinión se verificó el porcentaje respecto a las razones que están relacionadas con las renegociaciones de los Contratos de APP, para ello observamos el gráfico N° 12, con los resultados obtenidos, y que ponen en evidencia cuales son en opinión de los profesionales del derecho que se desenvuelven en el ámbito de los

contratos de APP. Podemos observar que mayoritariamente (93%), la renegociación de los contratos de APP están asociadas al diseño contractual, existe casi un consenso generalizado al respecto. (Ver Gráfico 12)

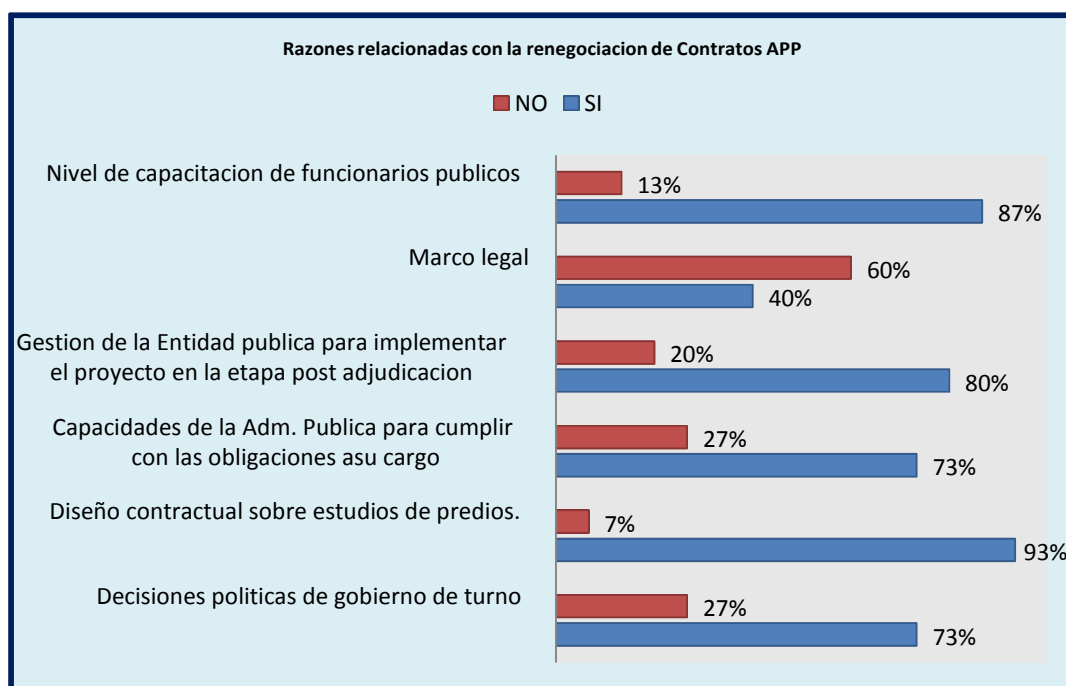


Gráfico 12: Razones relacionadas con renegociación de contratos APP

Fuente: Elaboración propia

También es elevada la opinión sobre el nivel de capacitación de los funcionarios públicos (87%) y la calidad de gestión pública (80%) y (73%). En cuanto al aspecto del marco legal, se obtuvo una opinión compartida (40) a favor y (60%) opina lo contrario. (Ver Gráfico 12)

Se ha verificado que efectivamente las renegociaciones de los contratos APP son un hecho relevante, con altas tasas y tienen una relación directa con las razones de naturaleza política, de naturaleza administrativa, legal y cognitiva identificadas en el estudio, conforme se explica a continuación en cada uno de los objetivos específicos planteados.

4.4.3. Los objetivos específicos

Los objetivos específicos expresan las acciones y operaciones necesarias que se deben realizar para llegar al propósito mayor, *“estos objetivos en forma desagregada puntualizan los alcances del objetivo general y se derivan del general, lo complementan y desarrollan y están orientados al logro del mismo, cada objetivo específico está diseñado para lograr un aspecto del objetivo general”*. (RAMIREZ, 2010, pág. 197). Estos objetivos planteados fueron:

4.4.3.1. Objetivo Especifico (1)

“Determinar la correlación entre las razones de naturaleza política con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas”

Las razones de naturaleza política, se operacionalizaron con el indicador *“Disposiciones del gobierno de turno”*, que se comprobó empíricamente, demostrándose que efectivamente existe una relación directa con las renegociaciones de los contratos APP.

Esta participación política, se ha verificado, tanto con la emisión de normas legales como en disposiciones administrativas, que vincularon a los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP a las renegociaciones, para realizar modificaciones de los contratos originales.

Esta relación se favorece por la debilidad del marco institucional del sistema de las APP en nuestro país, que requiere de un fortalecimiento y una centralización, sobre todo a nivel de las autoridades nacionales, regionales y locales, que ante la presión social de poblaciones ubicadas a inmediaciones de proyectos de infraestructura, requieren la ejecución de alguna obras de necesidad social de provisión de servicios públicos, (puentes, vías de acceso, distribución de

agua, hospitales entre otros), promueven peticiones al más alto nivel de gobierno, lográndose la atención, con la incorporación y ejecución de obras adicionales no previstas en el diseño original contrato, previa renegociación de los contratos APP.

Como señala HUAPAYA, *“si bien las APP, están consolidándose como un medio para hacer cumplir el rol prestacional del Estado, no es menos cierto que en nuestro país, todavía no han desarrollado lo suficiente debido a algunas insuficiencias del marco institucional”, (...).* Y son permeables a las decisiones políticas de los gobiernos de turno. (HUAPAYA, 2013, pág. 4)

El logro de este objetivo, nos deja como lección que se debe seguir determinadas acciones para mitigar las renegociaciones, a través de un fortalecimiento del marco institucional, porque si bien es cierto que *“las APP han tenido éxito en países con un adecuado entorno institucional de estudio, planificación y desarrollo de proyectos que estimulen la cohesión y sinergias entre los aportes que brinda el sector privado (experiencia técnica, obtención de fuentes frescas de financiamiento, creatividad empresarial privada) y el aporte del sector público (sea a través de seguridades y garantías, o de financiamiento) para así lograr la prestación de infraestructuras y servicios públicos de calidad”.* (HUAPAYA, 2013, pág. 3)

Consideramos que este objetivo se logró en la presente investigación.

4.4.3.2. Objetivo Especifico (2)

“Determinar la correlación entre las razones de naturaleza administrativa con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas”.

En el desarrollo del estudio respecto de las razones de naturaleza administrativa, para efectos de su verificación empírica, se operacionalizó a través de tres (03) indicadores:

- (1) Calidad del diseño contractual: “Falta de estudios sobre los predios afectados”.
- (2) Eficiencia de Gestión Pública: “Capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo”
- (3) Eficiencia de Gestión Pública: “Calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación”.

En cuanto a la calidad del diseño contractual de los contratos APP, debido a la falta de estudios de predios afectados, se ha demostrado que los mencionados contratos diseñados en el periodo investigado, tuvieron un deficiente diseño contractual, con ausencia de estudios más elaborados sobre los predios afectados a las áreas de concesión, donde se desarrollaron los proyectos; situación que ha generado el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del concedente, en la entrega oportuna de los terrenos, aplazando el inicio de las obras, comprometiendo en el incumplimiento a los propios concesionarios, por lo que las partes, en su propósito de superar este problema, han tenido que renegociar modificaciones y así evitar penalidades. Además que esta problemática genera un sobre costo al proyecto.

Los resultados de la investigación, pone en debate académico una situación real relacionada a la inversión privada a través de la implementación de las APP en nuestro país, que trajo consigo un cambio de paradigmas, en la contratación pública, y que ha dado como resultado en su ejecución una serie de cuestionamientos desde el diseño, originando las renegociaciones de los mismos, que son materia del presente estudio; los cuales se requieren mitigar sobre la base de las experiencias adquiridas, capacitación de los funcionarios públicos para optimizar la gestión pública y fortalecer el marco institucional y legal con una adecuada regulación.

De otra parte, se ha verificado que actuación de la administración pública no ha estado a la altura de las circunstancias, observándose una deficiente gestión que también tiene relación con las renegociaciones de los contratos APP, en primer lugar se ha verificado la ausencia o limitadas capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones contractuales asumidas por el Estado peruano, ya hemos explicado los problemas presentados para la entrega de terrenos a los concesionarios, en razón de que se tiene que expropiar predios a particulares, debiendo seguir un proceso que no tiene plazos definidos; asimismo, se presenta el problema de la liberación de interferencias de las áreas de concesión como son ductos de fibra óptica de telefonía, de gasoductos, de instalaciones eléctricas, hallazgos de restos arqueológicos, entre otros; en cuyos casos detienen la continuidad de las obras porque la solución o autorización depende de la decisión de otras entidades públicas o de privados en razón de contratos preexistentes o disposiciones legales vigentes.

La administración desarrolla sus actividades a través de la gestión pública, que es el conjunto de acciones mediante las cuales las entidades tienden al logro de sus fines, objetivos y metas, los que están enmarcados por las políticas gubernamentales establecidas por el Poder Ejecutivo. Por la amplitud de los temas que involucra es compleja y se encuentra sujeta a los intereses y juicios de los ciudadanos

Se ha demostrado empíricamente que la “calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación”, es deficiente, debido entre otras razones a la ausencia de especialización y de experiencia de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos APP, la cual tiene relación con las renegociaciones de estos contratos.

Consideramos que este objetivo se logró en la presente investigación.

4.4.3.3. Objetivo Especifico (3)

”Determinar la correlación entre las razones de naturaleza legal con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas”.

Para la determinación de lo adecuado o inadecuado del marco legal existente, en la verificación empírica encontramos argumentos divididos entre los especialistas respecto al sistema de APP, para algunos el sistema es adecuado y para otros no lo es.

El marco legal es el contexto donde se incluyen todas las normas legales que incumben a un determinado sector, normas de carácter obligatorio y general dictadas por el Estado para regular conductas o establecer órganos necesarios para cumplir determinados fines. Proporciona las bases sobre las cuales las instituciones construyen y determinan el alcance y naturaleza de la participación política.

De la información evaluada, se infiere la existencia de una polarización respecto al marco legal de las renegociaciones de los contratos de APP; por un lado se encuentran explicaciones negativas en función de los resultados inmediatos de perjuicio por los sobrecostos que ello genera y de otra parte, se justifican en razón de la naturaleza jurídica de dichos contratos, que por su horizonte temporal de ejecución de largo plazo, hace inevitable prever algunas condiciones de sus motivación.

El procesamiento de los datos obtenidos para la prueba de hipótesis se obtuvo como resultado un coeficiente positivo, que determinó que si existe relación entre el marco legal, en el sentido de que lo inadecuado de éste, tiene relación directa con las renegociaciones de los contratos APP.

En este caso, podemos afirmar que este objetivo se logró verificándose que el marco legal esta correlacionado a la renegociación de los contratos APP.

4.4.3.4. Objetivo Especifico (4)

“Determinar la correlación entre las razones de naturaleza cognitiva con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas”

En cuanto al objetivo propuesto para determinar la correlación entre las razones de carácter cognitivo con las renegociaciones de los contratos APP, se operacionalizó con el indicador *“nivel de Capacitación de funcionarios públicos”*, demostrándose que efectivamente que existe un bajo nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos APP, que tiene relación directa con las renegociaciones de estos contratos. Esto se demuestra corroborando la deficiencia en el diseño contractual, porque son los funcionarios públicos los que estructuran y diseñan los contratos de APP, y de su excelencia o integralidad de los mismos, depende a futuro las modificaciones por situaciones no previstas.

Es importante elevar el nivel cognitivo especializado de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP mediante la ejecución de programas de capacitación y adiestramiento del servidor público, como un apoyo básico para el desarrollo eficiente de sus funciones, teniendo como uno de sus principales objetivos optimizar la gestión pública, a través de la mejora de su desempeño para brindar servicios de calidad a los ciudadanos así como fortalecer y mejorar sus capacidades para una mejor gestión pública.

Por lo expuesto, afirmamos que este objetivo también fue alcanzado.

Finalmente, consideramos que con la misma intención que se fomenta el desarrollo del sistema de las APP para cerrar la gran brecha de infraestructura, también es conveniente poner en debate los aspectos tratados en la presente investigación, sobre todo en la promoción y ejecución de los contratos APP, incentivando la discusión académica y legal necesaria, con el propósito de fomentar su desarrollo en beneficio de la población en general, que requiere y merece mejores servicios públicos.

V. CONCLUSIONES

1. Los contratos de APP constituyen una herramienta eficaz para sustituir o complementar la capacidad instalada del Estado a la hora de brindar los servicios públicos que la población demanda, y con ello incentiva y promueve la inversión privada requerida para el sostenimiento del desarrollo.
2. Los contratos de APP son contratos incompletos, siendo esta la razón que hace inevitables las adendas, debido a que es imposible que las partes (concedente y concesionario), logren prever al momento de diseñar el contrato, todas las contingencias o eventos que se puedan presentar durante sus 20, 30 o más años de vigencia, y aun en el supuesto de que lograsen preverlos, cubrir su costo potencial haría inviables los proyectos, por ello las adendas son prácticamente inevitables.
3. Las renegociaciones han modificado las condiciones bajo las cuales se adjudicó el proyecto y se suscribió el contrato de APP, generando efectos sobre las obligaciones contraídas por las partes, los montos de inversión y los plazos de ejecución del proyecto.
4. La renegociación de contratos, debe considerarse como un proceso natural, necesario para corregir y perfeccionar los contratos. Contribuyen a mejorar, optimizar o modificar los contratos, en razón de que los contratos originales no pueden contemplar todos los aspectos de manera absoluta para todo el horizonte temporal de ejecución de los mismos. Permiten la continuidad de los mismos y sobre todo la continuidad de la prestación de los servicios públicos en beneficio de las poblaciones.
5. El deficiente diseño contractual de los contratos APP tiene relación directa con la renegociación de los mismos durante su desarrollo y ejecución, no se realizaron adecuadamente los estudios básicos (de saneamiento de predios, de factibilidad, de ingeniería básica, ambientales, geológicos, entre otros), lo

cual generó incertidumbre respecto a la identificación y asignación adecuada de riesgos, lo cual conllevó a renegociar modificaciones contractuales.

6. La calidad de gestión pública de la administración encargada de la administración de los Contratos de APP es deficiente.
7. La administración pública vinculada a la promoción y ejecución de la inversión privada a través del sistema de APP tiene capacidades limitadas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado peruano. El marco institucional sobre el sistema de las APP en nuestro país, presenta una falta de definición específica de la jurisdicción y competencias de cada institución y falta de comunicación y coordinación inter-institucional.
8. El marco legal de las APP es el mismo que generó esta modalidad a través de los años solamente ha sido modificado con el criterio de incorporar mejoras sobre todo a reducir plazos, pero sustantivamente permanecen los principios y conceptos bajo los cuales fue creado el sistema (monopolio natural, valor por el dinero, servicios públicos, asignación de riesgos, niveles de servicios, entre otros). Es inadecuado para facilitar y fomentar la inversión privada.
9. El nivel de capacitación de los funcionarios públicos encargados de la administración de los contratos de APP es bajo.

VI. RECOMENDACIONES

1. Garantizar la autonomía y estabilidad de los funcionarios públicos encargados de los contratos APP, priorizando los aspectos técnicos sobre las decisiones de naturaleza política, aprovechando la experiencia adquirida en la ejecución de los contratos APP.
2. Antes de sacar a concurso público se deben realizar estudios más elaborados que definan con claridad y exactitud la situación registral de los terrenos comprendidos en las áreas donde se desarrollará el proyecto, para mejorar el diseño de los contratos de APP, respecto a los predios. Se debe contar con estudios referenciales actualizados y confiables, que contenga un análisis de demanda, ingeniería, impacto ambiental y evaluación económica – financiera, acordes con el marco legal vigente a fin de evitar sobrevaloraciones. Asimismo, el diseño de los contratos de APP debe contemplar una adecuada asignación de riesgos entre el Estado y los privados.
3. Establecer cláusulas estandarizadas o cláusula tipo en los contratos de APP que viabilicen la celeridad en la solución de aquellos factores recurrentes en las renegociaciones.
4. Capacitación a funcionarios y técnicos de la administración pública encargados de los contratos de APP desde la etapa de fomento a la inversión privada, licitación y ejecución de los mismos, manejo de negociaciones para el trato directo, resolución de controversias, pedidos de arbitraje, tratamiento técnico financiero de variación de montos, entre otros, que les permita una visión más amplia y comparar inversiones y proyectos. Esta capacitación debe incorporar experiencias de lecciones aprendidas en contratos de APP para evitar la repetición de errores en el diseño e interpretación de los contratos. También debe capacitarse a las autoridades regionales y locales en las bondades del sistema y brindarles apoyo para una mayor difusión y empleo del sistema de

APPs en comparación a los procedimientos de la Ley de Contrataciones del Estado.

5. Optimizar y fortalecer el marco institucional del sistema APP, propugnando la creación de un órgano central que administre las APP, con objetivo único en el nivel de política de Estado, para otorgar los servicios públicos a la población; que comprenda un marco legal integrado y coherente, de tal modo que los organismos vinculados a la promoción y ejecución de la inversión privada a través de contratos de APP, se rijan por un instrumento contractual único, estandarizado. Un marco institucional óptimo debe poseer una maquinaria institucional de calidad para la preparación, licitación, adjudicación y monitoreo de proyectos
6. Mejorar las capacidades institucionales en las entidades públicas de los tres niveles de gobierno, a fin de capitalizar la experiencia en el desarrollo y gestión de los diferentes contratos de APP. Mejorar la coordinación y gestión temprana interinstitucional de posibles aspectos críticos. Definir claramente las responsabilidades y competencias de cada uno de los actores de los procesos de APP bajo un solo modelo de gestión.
7. Creación de organismos reguladores especializados por cada sector relevante, tanto a nivel nacional, regional y local, con autonomía e independencia funcional y administrativa, que garanticen la supervisión de los contratos de APP, tanto en la ejecución de obras como los servicios que se prestan a la colectividad, regulando el monopolio natural.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- A. ANDINA. (2016). *Contraloria detecta incidencia de renegociacion en los Contratos APP*. Lima, Peru: Agencia Andina Peru.
- A.ANDINA. (2016). *Contraloria detecta incidencia de renegociacion en los Contratos APP*. Lima, Peru: Agencia Andina Peru.
- AFIN. (2014). *Asociacion para el fomento de la Infraestructura Nacional* . (Peru21, Ed.) Recuperado el 30 de noviembre de 2014, de <http://peru21.pe/economia/brecha-infraestructua-crece-us88-mil-millones-2100441>
- AFIN. (2014). Por un Perú integrado - Plan Nacional de Infraestructura 2012 - 2021. 498.
- ALONSO, I. (2017 de marzo de 2017). Los Contratos de APP? y sus adendas: En ningun manual de credito una renegociacion es sinonimo de corrupcion. (E. Comercio, Ed.) *El Comercio*, pág. 24.
- ANDIA, V. W. (2009). *Manual de Gestion Publica, Pautas para la aplicacion de los Sistemas Administrativo*a (1ra. ed.). Lima, Peru: El Saber.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. (1996). *Exégesis*. Lima, Perú: Gaceta Juridica Editores.
- ARIÑO ORTIZ, G., & CASSAGNE, C. (2005). *Servicios Publicos, Regulacion y Renegociacion*,. Buenos Aires, Argentina : Abeledo-Perrot.
- ASALE. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (24° ed.). Madrid, España: Asociacion de Academias de la Lengua Española.
- BANCO MUNDIAL. (s.f.). Obtenido de www.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion
- BEAUMONT, R., HABERLE, P., LANDA, C., LEON, J., & MONTOYA, V. (2008). *Constitucion Economica del Peru* . (P. E. Especial, Ed.) *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, III(06), 149.
- BIELSA, R. (1964). *Derecho Administrativo* (6ta. ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley .

- CAJARVILLE , J. (2015). *Mutabilidad de los Contratos de la Administracion en el Derecho Uruguayo*. Lima, Peru: Fondo Editorial de la PUCP.
- CASAGNE, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Fondo Editorial de Derecho y Economia.
- CASSAGNE, J. (1995). *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires, Argentina : Editorial Desalma.
- CASSAGNE, J. C. (2005). Buenos Aires, Argentina : Arbeledo - Perrot.
- CASTELAZO, J. (2007). *Administracion Publica: Una Vision de Estado* (2da. ed., Vol. I). Mexico, Mexico: Fondo de Cultuta Economica.
- CGR. (2002). Ley 27785. *Ley Organica de la Contraloria General de la republica*. (E. Peruano, Ed.) Lima, Peru.
- CGR. (2015). "*Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*", (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Super Grafica EIRL.
- CHAVEZ DE PAZ, D. (2013). "Metodologia de Investigacion Social". *San Marcos*, 1-5.
- CIADI. (s.f.). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones es una institución del Banco Mundial con sede en Washington*.
- D. Leg. 1224. (2015). Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos 11. *Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos 11, 1ra.* (E. Peruano, Ed.) Lima, Peru.
- D. Leg. N° 183. (12 de junio de 1981). Ley Organica del Ministerio de Economia y Finanzas. *Ley Organica del Ministerio de Economia y Finanzas*. Lima, Peru.
- D.S.410-2015-EF Art. 82°. (27 de diciembre de 2015). Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 Ley Marco de la Promocion de la Inversion Privada, mediante Asociaciones Publico Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por DS 410-205-EF del 27 de diciembre de 2015. Lima, Peru.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE , M. (1991). *El Contrato en General* (Vol. I). Lima: Ed. Pontificia Universidad Católica del Peru.
- DEVLIN, R. M. (abril de 2010). "Alianza Publico Privadas para una nueva vision estrtategica del desarrollo. *Naciones Unidas*, 27.
- DIEZ, M. (1965). *Derecho Administrativo* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina : Editorial Bibliografica Omega .
- DROMI, R. (2000). *Derecho Admiistrativo* (8va. Edicion ed., Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ciudad Argentina.
- DU N° 047. (18 de diciembre de 2008). Decreto de Urgencia N° 047 - MEF.
- ESAN. (22 de diciembre de 2016). ¿Porqué son necesarias las adendas en los contratos de las APP? *Conexxion ESAN*, 14.
- ESCOLA, H. (1967). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos* (1ra. ed., Vol. I). Buenos Aires: De Palma.
- EY. (2016). Las APP y el desafio global de infraestructura. (EY, Ed.) *EY Building a better worlking world*, 48.
- FLOR, L. (2016). El desarrollo de las capacidades institucionales permitirá generar mejores APPs. En Proinversion (Ed.), *"Programa de Desarrollo de Capacidades en Asociaciones Público- Privadas en Saneamiento, Educación, Salud y Justicia"* Proinversion-Banco Mundial, (pág. 16). IIMA: Proinversion.
- FRI-ESAN, Instituto de Regulacion y Finanzas-Universidad ESAN Centro de Investigacion de la Universidad del Pacifico. (2012). *Por un Plan Integrado: Plan Nacional de Infraestructura 2012-2021*. Lima, Lima, Perú: Universidad ESAN.
- GARCIA DE ENTERRIA , E., & FERNANDEZ, T. (2001). *Curso de Derecho Administrativo* (Decima ed., Vol. I). Madrid, España : Editorial Civitas.
- GASPAR ARIÑO . (2012). *"Regulacion Economica-Lecturas Escogidas*. Madrid, España: Aranzadi SA.
- GASPAR ARIÑO. (2004). *Principios del Derecho Publico Economico (Modelo de Estado, gestion publica, regulacion economica)* (3ra. ed.). Granada, España: Comares.

- Gerencia de Estudios y Gestion Publica de la Contraloria General de la Republica. (2015). *“Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú”*, (Primera ed.). Lima, Lima , Perú: Super Grafica EIRL.
- GORDILLO, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo* (2da. ed., Vol. I Parte General). Buenos Aires, Argentina: Fundacion de Derecho Administrativo.
- GPD. (2010). *Manual del Funcionario Público* (1ra. ed.). (O. S. Ltda., Ed.) Lima, Peru: ECB Caballero Bustamante.
- GUASCH, J. (2007). Latin America: Addressing High Logistics Costs and Poor Infrastructure for Merchandise Transportation and Trade Facilitation. (B. Mundial, Ed.) *Consulta de San Jose 2007*, 39.
- GUASH, J. (2005). *Concesiones en Infraestructura: Como hacerlo bien* (Primera Edición ed.). (B. Mundial, Ed.) Washington D.C., EE.UU.: Banco Mundial.
- GUASH, J. (17 de enero de 2017). En el Peru, cerca del 80% de mlas APP se han renegociado, y no una sino varias veces. (D. E. Comercio, Ed.) *Cronica de una muerte anunciada*.
- GUASH, J. L. (2005). *GUASH* (Primera ed.). Washington D.C., EE. UU.: Banco Mundial.
- GUASH, J., SEREBRISKY, T., & GONZALES , J. (2007). *Latin America: Addressing High Logistics Costs and Poor Infrastructure for Merchandise Transportation and Trade Facilitation*. (B. Mundial, Ed.)
- HERNANDEZ, S. ,, FERNANDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. (2003). *Medotodologia de la Investigación* (Tercera ed.). (A. M. Avila, Ed.) Mexico D.F., Mexico, Mexico: Mc Graw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- HERNANDEZ, S. ,, FERNANDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. (2006). *Metodologia de la Investigacion* (Cuarta ed.). Mexico DF, Mexico, Estados Unidos de Mexico: Mac Graw Hill Interamericana.
- HUAPAYA, T. . (2013). Diez Tesis sobre Asociaciones Publico Privadas. *Revista del Circulo de Derecho Administrativo*, 32.
- Inf. N° 124-2016-MEF. (2016). *Inf. N° 124-2016-EF/68.01*. DGPPIP. Lima: MEF.

- Ley 29207. (24 de marzo de 2008). Ley 29207 - MEF. *Ley que declara de necesidad pública y de interés nacional la construcción de la Ferrovía Transcontinental "Brasil-Peru"*. Lima, Lima, Peru: MEF.
- Ley N° 29785. (7 de diciembre de 2011). Ley 29785, Ley de Consulta Previa, Ley del derecho a la consulta previa a los sujetos indígenas u originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización del Trabajo (OIT). Lima, Peru.
- Ley N° 30057. (2013). Ley 30057 Ley del Servicio Civil. *Ley del Servicio Civil*. (E. Peruano, Ed.)
- LINARES, J. M. (2008). *Contratación Pública*. Lima, Peru: Grijley.
- MARIENHOFF, M. (1992). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina : Editorial Arbeledo-Perrot .
- MARTIN, T. (2015). *El Laberinto Estatal: Historia, Evolución y Conceptos de la Contratación Administrativa en el Perú*. Recuperado el 21 de abril de 2016, de [http://revistas.pucp.edu.pe/index/arbitrajepucp\)article/view/9386](http://revistas.pucp.edu.pe/index/arbitrajepucp)article/view/9386)
- MEF. (27 de diciembre de 2015). DS 410-2015-EF Reglamento de la Ley Marco de APP. *Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos*. Lima, Lima , Peru: MEF.
- MEF. (2015). *Ministerio de Economía y Finanzas, Exposición de Motivos para el Decreto Legislativo que aprueba el Decreto Legislativo 1224 La Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, Lima, Perú 2015*,. MEF, Lima. Lima: MEF.
- MENCHOLA, A. ,. (2016). El Riesgo de diseño en los contratos de Concesión de Infraestructura Vial. *Revista del Circulo de Derecho Administrativo*.
- MONTESINOS, J. S. (2012). *Algunos Alcances en torno a la Institucionalidad y renegociaciones de concesiones en la infraestructura de transporte de uso público en Perú*. (OSITRAN, Ed.) Lima, Peru.
- MORAGA KLENNER , C. (2007). *Contratación Administrativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- MORI BREGANTE, P. (Lima). *Amigable Composedor*. Bullard, Falla & Ezcurra .
OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure, 2007. (2007).
- OIT. (s.f.). *OIT - Organizacion Internacional del Trabajo*. (N. Unidas, Ed.)
- OLIVOS CELIS, M. (2011). Fundamentos Constitucionales de la Economia Social del Mercado en la Economia Peruana. *Revista de Investigacion Juridica, II, 2da*. Lima, Peru: Jus.
- OSITRAN. (2004). *Lineamientos para la Interpretacion y Emision de opiniones sobre propuestas de modificacion y reconversion de Contratos de Concesion*. Lima,, Lima, Peru: OSITRAN.
- PCM. (1990). DS N° 005-90-PCM. *Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa*. Lima, Peru: El Peruano.
- PCM. (2013). Ley 30057 Ley del Servicio Civil. *1ra*. (E. Peruano, Ed.) Lima, Peru.
- PINILLA CISNEROS , A. (1999). *Los Contratos-Ley en la Legislacion Peruana*.
 Lima: Fondo de Desarrollo Editorial.
- PRIALE, G. (agosto de 2016). Asociaciones público-privadas: Cómo reducir número de adendas. (AFIN, Ed.) *AFIN*, 54.
- PRIALE, G. (12 de enero de 2017). Asociaciones Publico Privadas: Como reducir numero de adendas. *AFIN*, 02.
- PRIALE, G. L. (mayo de 2016). *EY Building a better working world*, 48.
- PROINVERSION. (2005). *Las Asociaciones Publico Privadas en el Perú*. Lima, Lima, Perú: Proinversion.
- RAMIREZ, E. R. (2010). *Proyecto de Investigacion: Como hacer una Tesis* (Primera ed.). Lima, Peru: Fondo Editorial AMADP.
- RETAMOZO, L. A. (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control* (Decimo primera ed., Vol. Tomo I). Lima, Lima, Peru: Gaceta Juridica S.A.
- RODRIGUEZ , L. (2011). *El Equilibrio Economico en los Contratos de Administración*. (D. PUCP, Ed.) Lima, Peru: Fondo Editorial de la PUCP.
- RUFIAN LIZANA , D. (1999). *Manual de Concesiones de Obras Publicas*. Santiago de Chile, Chile: Fondo de Cultura Economica de Chile.

- RUIZ ELDREDGE, M. (1999). *Manual de Derecho Administrativo. Tematica Esencial*. Lima.
- SILVA CIMA , E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado. Acto, Contratos y Bienes* (Vol. I). Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- SUTO FUJITA, F., AZAÑA PEREZ, R., CHAMORRO VILCA , M., LEON VASQUEZ , L., & MENCHOLA ARANA, M. (2013). *"Renegociación de Contratos de Concesión en Infraestructura de Transporte: Diagnóstico, análisis y propuesta de mejora"* (Tesis de Maestria-U-ESAN) (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Universidad ESAN Ediciones.
- TIROLE, J. (1999). *INCOMPLET CONTRACTS*. WASHINGTON d. c., EE. UU.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . (2003). *Jurisprudencia Constitucional*. Recuperado el 05 de octubre de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003>
- URRUNAGA , R., & BONIFAZ, J. (2006). *Regulacion y Concesiones de Servicio Publico*. (U. d. Pacifico, Ed.) Lima, Peru: Consorcio de Investigacion Economica y Social.
- WEBER, W. (2001). *La Política como Vocacion*. Recuperado el 05 de octubre de 2016, de <http://rbthrconcepto.ning.com>

VI. ANEXOS

01. Cuestionario

CUESTIONARIO

DIRIGIDO A PROFESIONALES VINCULADOS A LABORES CON LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS (ADMINISTRACION PÚBLICA)

Buenos Días (Tardes):

- Estamos realizando un estudio que servirá para elaborar una Tesis profesional acerca de los contratos de Asociaciones Público Privadas.
- Conociendo tu relación con el tema de estudio, pedimos tu apoyo para que nos contestes alguna preguntas que no llevaran mucho tiempo, cuyas respuestas serán confidenciales y anónimas.
- Las personas a las cuales está dirigido el estudio fueron elegidas al azar, por lo que no es de interés los datos personales.
- Te pedimos que contestes este cuestionario con la mayor sinceridad posible, convencido de que no hay respuesta correcta ni respuesta incorrecta. Solo nos interesa que haya respuesta.
- Lea las instrucciones cuidadosamente, ya que existen preguntas en las que solo puede responder a una sola opción y otras con varias opciones.

INSTRUCCIONES:

- Leer detenidamente la pregunta y responda según su criterio con absoluta imparcialidad.
- Cuando más objetiva y realista sea su respuesta, nos ayudara más.
- Marque con una X en el recuadro señalado la respuesta correcta según su opinión.
- Se ruega no dejar espacio en blanco.
- En caso de duda le rogamos una reflexión e incline su decisión hacia una respuesta positiva (SI) o una respuesta negativa (NO).
- Se le recuerda que el desarrollo de este cuestionario es voluntario y anónimo.

ASPECTOS GENERALES

1. Profesión u ocupación:

a. abogado	(.....)
b. Otra profesión	(.....)
c. No tiene profesión	(.....)

2. ¿Tiene conocimiento o algún conocimiento sobre los Contratos de Asociaciones Público Privadas?

a. Si	(.....)
b. No	(.....)
c. No sabe/no opina	(.....)

3. ¿En su opinión, los gobiernos de turno han fomentado la Inversión Privada para cerrar la brecha de infraestructura mediante contratos de Asociaciones Publico Privadas?

a. Si	(.....)
b. No	(.....)
c. No sabe/no opina	(.....)

4. De los siguientes aspectos señalados marque usted cuales pueden ser considerados como factores que originan las renegociaciones de los contratos de Asociación Publico Privada? Marcar todos según su opinión.

Actividad	SI	NO	NO SABE/NO OPINA
a. Decisiones políticas del gobierno de turno	(....)	(.....)	(.....)
b. Deficiencia en el diseño contractual por falta de estudios sobre los predios afectados.	(....)	(.....)	(.....)
c. Ausencia de capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo.	(....)	(.....)	(.....)
d. Deficiente gestión de la entidad pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación.	(....)	(.....)	(.....)
e. Inadecuado marco legal	(....)	(.....)	(.....)
f. Ausencia de Capacitación de funcionarios públicos.	(....)	(.....)	(.....)

5. ¿En su opinión, existen decisiones políticas del gobierno de turno en los contratos de Asociación Publico Privada?

SI	NO	NO SABE/NO OPINA
(....)	(.....)	(.....)

6. ¿En su opinión, existen deficiencias en el diseño contractual en los contratos de Asociación Publico Privada por la falta de estudios sobre los predios afectados en las áreas de la concesión?

SI	NO	NO SABE/NO OPINA
(....)	(.....)	(.....)

7. ¿En su opinión, como califica la gestión de la administración pública en cuanto a las capacidades para cumplir con las obligaciones a su cargo en el desarrollo de los contratos de Asociación Público Privada?

NOTIENE CAPACIDADES / TIENE LIMITADAS CAPACIDADES	TIENE CAPACIDADES	NO SABE/NO OPINA
(.....)	(.....)	(.....)

8. ¿En su opinión, como califica a la administración en cuanto a la gestión de la entidad pública para implementar los proyectos en la etapa post-adjudicación de los contratos de Asociación Público Privada?

DEFICIENTE	EFICIENTE	NO SABE/NO OPINA
(.....)	(.....)	(.....)

9. ¿En su opinión, como califica el marco legal vigente para la gestión pública del desarrollo de los contratos de Asociación Público Privada?

INADECUADO	ADECUADO	NO SABE/NO OPINA
(.....)	(.....)	(.....)

10. ¿En su opinión, los funcionarios y servidores públicos que desempeñan labores en áreas de contrataciones del Estado se encuentran debidamente capacitados para la formulación y desarrollo de los contratos de Asociación Público Privada?

NO	SI	NO SABE/NO OPINA
(....)	(.....)	(.....)

11. En su opinión, de modo general como califica a la Administración Pública en el desarrollo de los contrato de Asociación Público Privada?

DEFICIENTE	EFICIENTE	NO SABE/NO OPINA
(.....)	(.....)	(.....)

12. ¿En su opinión, como considera usted, la incidencia estadística de renegociaciones de los contratos de APP suscritos por el Estado peruano?

ELEVADA	BAJA (NORMAL)	NO SABE/NO OPINA
(....)	(.....)	(.....)

02. Preguntas para entrevistas de Expertos

PREGUNTAS PARA LA ENTREVISTA DE EXPERTOS

1. ¿Considera usted que los Contratos de Asociaciones Publico Privadas constituye una herramienta eficaz para el fomento y desarrollo de la inversión privada?
2. ¿Considera usted que el marco legal vigente es adecuado para el fomento de la inversión privada a través de los Contratos de Asociaciones Público Privadas?
3. Por información oficial se tiene conocimiento que los Contratos de Asociaciones Público Privadas suscritos por el Estado peruano han sido objeto de constantes modificaciones como resultado de negociaciones bilaterales, en su opinión:
 - ¿Las razones de esta situación serían de orden técnico o político?
 - ¿Estas renegociaciones contractuales contribuyen o perjudican el desarrollo de este tipo de contratos?
4. ¿Considera usted, que los funcionarios vinculados a las contrataciones del Estado están capacitados para una eficiente gestión en la formulación y desarrollo de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas?
5. ¿Considera usted, que la gestión de la administración pública vinculada a las contrataciones con el Estado ha influido en las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privada?
6. ¿Considera usted, que la decisión política de los gobiernos de turno sería una de las razones que ha influido en las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas para inversión en infraestructura?
7. ¿Considera usted, que el inadecuado diseño en la instrumentalización de los de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas ha influido en las renegociaciones de los mismos?
8. ¿Qué recomendaciones y/o sugerencias propondría para un adecuado diseño en la instrumentalización de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas para mitigar las renegociaciones?

Gracias por la respuesta

03. Operacionalización de las Variables.

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADOR	INDICADOR CUANTITATIVO
Variable X: Razones de carácter políticas, administrativa, legales y cognitivas.	X1.- Política	X1 Disposiciones legales del gobierno de turno	índice porcentual de frecuencias
	X2.- Administrativa	X2.1 Calidad de diseño contractual: Falta de estudios sobre los predios afectados.	
		X2.2 Calidad de Gestión Pública: Capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo.	
		X2.3 Calidad de Gestión Pública: Deficiente gestión de la entidad pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación	
	X3.- Legal	X3.1 Marco legal	
	X4.- Cognitiva	X4.1 Nivel de Capacitación de funcionarios públicos.	
Variable Y: Renegociación de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas.	Y1.- Administrativa	Y1.1.Nivel estadístico de renegociaciones de los Contratos APP.	índice porcentual de frecuencias

04. Matriz de Consistencia

Tema: La renegociación de los contratos de Asociaciones Publico Privadas.

159

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
<p>Problema General</p> <p>¿Qué razones están relacionadas con las renegociaciones los Contratos de Asociaciones Publico Privadas?</p>	<p>Objetivo General.</p> <p>Determinar las razones que se relacionan con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>(1) Las razones que se relacionan directamente con las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas son de naturaleza política, administrativa, legal y cognitiva.</p>	<p>Variable X= V1</p> <p>1. Razones de naturaleza política. 2. Razones de naturaleza administrativa. 3. Razones de naturaleza legal. 4. Razones de naturaleza cognitiva.</p>	<p>Vi = V1</p> <p>Indicadores:</p> <p>1. Razones de naturaleza política. ✓ Disposiciones del gobierno de turno 2. Razones de naturaleza administrativa: <u>Calidad del diseño contractual:</u> ✓ Estudios de predios afectados. <u>Eficiencia de Gestión Pública:</u> ✓ Capacidades de la administración pública para cumplir con las obligaciones a su cargo. ✓ Calidad de gestión pública para implementar el proyecto en la etapa post-adjudicación. 3. Razones de naturaleza legal. ✓ Marco legal vigente. 4. Razones de naturaleza cognitiva. ✓ Nivel de Capacitación de</p>	<p>Diseño:</p> <p>-No Experimental -Transeccional</p> <p>Tipo:</p> <p>Correlacional.</p> <p>Técnicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De muestreo: Estadística Aleatoria • De recolección de datos: <ul style="list-style-type: none"> ✓ Encuesta (Cuestionario). ✓ Análisis Documental. ✓ Entrevista de expertos. • De Procesamiento (mixto): <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cuantitativo: Análisis univariable: (Estadística descriptiva-distribución de frecuencias). ✓ Prueba de hipótesis: (Estadística inferencial no paramétrica-prueba de hipótesis-Coeficiente de Correlación). ✓ Cualitativo: Análisis de literatura especializada, del marco teórico y de entrevistas a especialistas. <p>Población:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Representantes del sector Privado
<p>Problemas Específicos</p> <p>1. ¿Existe relación entre las renegociaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza política? 2. ¿Existe relación entre las renegociaciones de los</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>1. Determinar la correlación entre las razones de naturaleza política con las renegociaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>1. Las decisiones políticas de los gobiernos de turno tiene relación directa con las renegociaciones de los Contratos APP. 2. Las deficiencias en el diseño contractual y la</p>	<p>Variable Y = V2</p> <p>1. Renegociación de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas</p>		

<p>Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza administrativa?</p> <p>3. ¿Existe relación entre las renegotiaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza legal?</p> <p>4. ¿Existe relación entre las renegotiaciones de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas con razones de naturaleza cognitiva?</p>	<p>2. Determinar la correlación entre las razones de naturaleza administrativa con las renegotiaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.</p> <p>3. Determinar la correlación entre las razones de naturaleza legal con las renegotiaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.</p> <p>4. Determinar la correlación entre las razones de naturaleza cognitiva con las renegotiaciones de los contratos de Asociaciones Público Privadas.</p>	<p>deficiente gestión pública tienen relación directa con las renegotiaciones de los Contratos APP.</p> <p>3. El inadecuado marco legal tiene relación directa con las renegotiaciones en los Contratos APP.</p> <p>4. El bajo nivel de capacitación de funcionarios públicos tiene relación directa con las renegotiaciones de los Contratos APP.</p>		<p>funcionarios públicos.</p> <p><u>Vd = V2</u></p> <p>Renegociación de los Contratos de Asociaciones Publico Privadas.</p> <p>Indicadores:</p> <p>1. Nivel de Información estadística de renegotiaciones de los Contratos APP</p>	<p>(Empresas de Inversión).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Representantes del Sector Publico (Proinversion, Sectores públicos, Ositran). <p>Muestra: representativa de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Representantes del sector privado • Representantes del Sector Publico <p>Tipo de muestra</p> <p>Probabilística Estratificada</p>
---	---	--	--	---	--